

23 JAN 2024

Sociedades y concurso. Estudios de derecho societario de la crisis. 1ª ed., septiembre 2018

PARTE I LA TOMA DE DECISIONES EN EL SENO DE LAS SOCIEDADES EN SITUACIÓN DE CRISIS

CAPÍTULO I EL PODER DE DECISIÓN EN LAS SOCIEDADES EN SITUACIÓN DE INSOLVENCIA Y DE DÉFICIT PATRIMONIAL LA INCIDENCIA DE LOS EXPEDIENTES PRECONCURSALES

Capítulo I

El poder de decisión en las sociedades en situación de insolvencia y de déficit patrimonial la incidencia de los expedientes preconcursales

JOSÉ CARLOS VÁZQUEZ CUETO

*Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Sevilla¹*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPUESTA AL CONFLICTO NORMATIVO. 1. *Las principales líneas interpretativas de actuación.* 2. *Las dudas acerca del contenido del orden del día de la junta general y de las consecuencias de la adopción o no de acuerdos al respecto.* III. LA INCIDENCIA DE LOS EXPEDIENTES PRECONCURSALES. 1. *la interferencia de la regulación del precurso en el problema de la concurrencia de insolvencia y de déficit patrimonial: planteamiento.* 2. *la propuesta de solución.* 2.1. Los argumentos para una respuesta al problema; análisis crítico de una posible competencia del órgano de administración para poner en marcha los efectos del art. 5-bis Ley Concursal. 2.2. Conclusión. A). La competencia decisoria para el recurso al art. 5-bis Ley Concursal. B). La perfección de un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos y su incidencia sobre la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital. C). La frustración del acuerdo pretendido o alcanzado en el marco de un expediente preconcursal y su incidencia sobre la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital. IV. BIBLIOGRAFÍA.

. INTRODUCCIÓN

La intersección del Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal suscita muchos aspectos de interés; muchas cuestiones controvertidas, merecedoras y necesitadas de un debate y una reflexión a fondo, que se acomodarían perfectamente al planteamiento

general de unas jornadas científicas como la que celebramos ahora en la Universidad de Sevilla. Uno de estos aspectos es sin duda el que me ocupa: el interrogante sobre la solución que debe adoptarse bajo el ordenamiento jurídico español cuando coinciden en una sociedad de capital una situación de insolvencia (presupuesto objetivo del concurso de acreedores) con la presencia de una causa legal de disolución por pérdidas (para la que resulta suficiente con el hecho constatado de que el patrimonio neto no alcance a cubrir siquiera la mitad de la cifra del capital social²).

Entiendo que se trata de una cuestión que *todavía* tiene un extenso recorrido por delante; sobre la que *todavía debe y puede* aportarse bastante. Y empleo el adverbio temporal «todavía» porque el que vengo a tratar constituye un tema de discusión que podría calificarse a estas alturas como «añejo». El conflicto normativo en este punto en España entre la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio -RCL 2003, 1748-), que atribuye la competencia decisoria para la petición de concurso cuando hay insolvencia, sin distinciones de ningún tipo (y sin perjuicio de mantener asimismo la de ejecución de la decisión) al órgano de administración (art. 3.1.2 LCo), y las disposiciones reguladoras de los tipos societarios capitalistas, que con redacciones sin duda confusas y con diverso alcance, han venido asignando paralelamente a la junta general cierta parcela de poder en orden a dicha solicitud, se plantea desde la entrada misma en vigor de aquella (por no entrar en detalle sobre la controversia que ya venía suscitando bajo la regulación concursal anteriormente vigente)³. Y desde entonces ha quedado como un problema sin resolver, debido a que las sucesivas reformas de la Ley Concursal y de la legislación societaria (sin ir más lejos, la promulgación misma del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, mediante el RDLeg 1/2010, de 1 de julio -RCL 2010, 1792-, y sus modificaciones posteriores) han retocado el panorama descrito, pero apenas han logrado mejorarlo⁴.

Hay que destacar que esta pasividad del legislador español contrasta sobremanera con la enorme relevancia práctica del tema y la preocupación que suscita en el tráfico, que se debe fundamentalmente a dos razones:

Primero, la frecuencia de su verificación en la realidad diaria, a causa de la ya endémica *infracapitalización nominal* (y, en muchos casos, también *real*) de las sociedades de capital españolas⁵, que provoca que, a poco que se sucedan unos pocos ejercicios con resultados negativos (o, en los primeros años de vida social ni siquiera: con uno mismo) y surjan ciertas tensiones de tesorería (lógicas por otro lado, dadas sus dificultades de encontrar financiación de terceros cuando los socios no están dispuestos a incrementar la exposición de sus recursos), se incurra con facilidad en el supuesto de hecho controvertido.

Segundo, lo delicado que se pone en juego. Adviértase, a este respecto, que, en definitiva, en torno a este tema está rondando de un modo o de otro la idea de la continuidad de la sociedad y, en consecuencia, la amenaza de la desaparición como tal de la empresa cuya titularidad ostenta. Por no hablar de las consecuencias muy desfavorables que un retraso en la toma de decisiones o una inadecuada elección de las medidas a adoptar (unos temores razonablemente alimentados por la incertidumbre que rodea al problema), pueda acarrear para los administradores. Repárese, por citar las de mayor relieve en el ámbito jurídico-mercantil, en el riguroso régimen de responsabilidad

por las deudas sociales (art. 367 LSC) o en los pronunciamientos que lleva (o es susceptible de llevar) aparejada una calificación de culpabilidad del concurso (que se presume, precisamente, cuando se incumple el deber de instarlo, *ex art.* 165.1.1.º LCo).

Por si todo lo anterior fuera poco, el asunto ha venido cobrando últimamente aún un mayor interés, si cabe. De un lado, por la interferencia en la materia que supone la introducción, merced a las últimas reformas de la Ley Concursal, de una serie de expedientes preconcursales (acuerdos de refinanciación, acuerdos de refinanciación homologados y acuerdos extrajudiciales de pago) que por lo usual cobran vida justamente en el instante en el que es preciso adoptar decisiones sobre este punto debido a la concurrencia de las situaciones de incapacidad de pago y de déficit contable. Una interferencia que en absoluto ha tenido una respuesta normativa específica en el sentido de establecerse algún precepto que ayude a aclarar el tema o que, por lo menos, ofrezca unos criterios para conjugar armónicamente las regulaciones concursal y societaria. De otro lado, por la aparición en un horizonte temporal más o menos próximo de dos hitos decisivos en el plano de la configuración de nuestra disciplina concursal: la aprobación de un Texto Refundido sobre la Ley Concursal y la promulgación de una Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre medidas de reestructuración preventiva.

La aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal (encomendada al Gobierno, dentro de un plazo ya sobrepasado con creces -antes del 27 de mayo de 2016- mediante la delegación realizada por la DF 8.ª Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal -RCL 2015, 777-) parece bastante inminente. Bien es cierto que, por lo que se desprende de lo que hasta la fecha se ha hecho accesible del mencionado texto (la *Propuesta* de 6 de marzo de 2017, redactada por la *Ponencia especial de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación* del Ministerio de Justicia creada al efecto), no hay motivos para el optimismo sobre la solución al problema, pues no parece que vaya a haber cambios de consideración en el estado de la cuestión. Los términos del conflicto normativo permanecen intactos, por más que se retoquen algunos aspectos inmediatamente relacionados con aquellos, que irán siendo mencionados conforme lo vaya requiriendo el hilo del discurso. Podría argüirse que la inacción viene impuesta por los límites a que se encuentra sometida la encomienda al Gobierno (de ascendencia constitucional: cfr. art. 82.5 Constitución Española -RCL 1978, 2836-), que ha de ceñirse a «*regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos*». Desde luego, no parece que dentro de estos límites se halle la facultad de modificar la LSC (y, en particular, sus arts. 365 a 367), modo de proceder que probablemente represente, si no la vía más certera para dejar zanjado de una vez este conflicto, sí al menos un cauce indispensable para lograrlo. Pero quizá sí que fuera posible abordar algún retoque en el dictado del art. 3.1.2 LCo, al objeto de matizar el amplio campo de actuación que se desprende de su redacción actual y ceñirlo, en la línea interpretativa que luego apuntaré, a algunos de los supuestos de insolvencia (en concreto, a la actual, no a la inminente), a fin de hacer compatible su juego con el de aquellos artículos de la legislación societaria. No creo que ese modo de proceder vulnerara los límites de la delegación al Ejecutivo. Por lo menos con el significado que la Ponencia redactora de la Propuesta atribuye a los verbos «*regularizar, aclarar y armonizar*». Un significado que ha servido, sin ir más lejos, para dar cobertura a decisiones sustantivamente bastante llamativas, algunas de las cuales saldrán a relucir a

buen seguro en el curso de las restantes ponencias de este Congreso⁶.

La promulgación de la Directiva sobre medidas de reestructuración preventiva se atisba en un horizonte bastante más lejano e incluso en alguna medida incierto. Pero, por lo que se conoce hasta la fecha, en la que ya se trabaja sobre un texto proyectado (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de liberación de deudas, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, de 22 de noviembre de 2016⁷), si finalmente llega a adoptarse, va a suponer con casi completa seguridad una verdadera convulsión en la regulación concursal y, sobre todo, societaria de las situaciones que, ampliamente, podrían describirse como de crisis o dificultades económicas o financieras de las sociedades de capital (al menos de las sociedades anónimas⁸). Y ello porque, atendiendo a uno de los objetivos primordiales de la iniciativa comunitaria, la incorporación a nuestro Derecho interno de la norma llevaría a seguir dos líneas de actuación de notable impacto:

- Ante todo, una ampliación del perímetro para la implementación de las medidas de efectos paraconcursoales de reestructuración y saneamiento de las deudoras titulares de unidades empresariales viables, debida a una anticipación en la reacción ante las dificultades económicas. Y es que si, en la regulación española actualmente vigente, la insolvencia actual o inminente vienen a constituir un presupuesto objetivo, cuanto menos *natural*, para la entrada en juego de los expedientes preconcursales [cuando no *constitutivo*, como sucede en los acuerdos extrajudiciales de pago, a tenor de los arts. 231.2 a) LCo]⁹, con la aprobación de la Directiva tales medidas habrían de activarse desde que existiera «*probabilidad*» (arts. 12 o 18; o su Considerando 17) o «*riesgo*» [arts. 1.1.a) y 4] «*de insolvencia*». La disposición proyectada no define estos conceptos (ni siquiera hay un expreso reconocimiento de su equivalencia conceptual a estos efectos¹⁰), como tampoco lo hace con la insolvencia misma. Pero da la sensación de que se pretende abarcar un espectro preventivo más amplio que el actualmente vigente en España (es decir, un campo de actuación en el que la insolvencia fuera una consecuencia razonablemente posible, no ya un devenir inevitable, aunque futuro, de no adoptarse medidas reparadoras). Es más, por lo que se deja intuir del resto del articulado, y, en particular, de la afirmación (recurrente) de que las medidas deben ir encaminadas a evitar la insolvencia [arts. 4.1, 10.3 y 18 c]¹¹, parece querer excluirse «nuestra» (art. 2 LCo) insolvencia actual¹²; y puede que incluso hasta la inminente¹³.

- Asimismo, sería preciso emprender una remodelación a fondo en la distribución de competencias en el seno de las sociedades de capital entre sus dos órganos necesarios, en respuesta al brusco cambio de rumbo que se operaría en la consideración de los intereses en presencia atendibles ante lo que pudiera constituir una amenaza seria de caer en insolvencia. A este respecto, la Directiva destacaría desde ese estadio preventivo de la insolvencia efectiva, alejado aún de la iniciación de un procedimiento concursal, la prevalencia de los intereses de los acreedores «*y de las demás partes interesadas*» [de lo que podría calificarse un *interés del precurso*; art. 18.a)] por encima de los de los socios, cuyas expectativas de rentabilización de sus inversiones antes tales dificultades financieras desaparecen, o, cuanto menos (si únicamente se trata de un problema de liquidez, no de insuficiencia patrimonial), se descartan a corto y

medio plazo. Tal medida de política legislativa llevaría ante todo a una verdadera reformulación de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores (ya no centrados en la persecución del interés social excluyentemente), a quienes en esa tesitura se impondría, bajo su responsabilidad, la adopción de determinadas pautas de actuación (art. 18, y Considerando 36) predictivas de tales dificultades y preparatorias de las medidas de reestructuración¹⁴. Y, por añadidura, supondría un recorte importante en las competencias de los socios reunidos en junta general, que perderían el poder de iniciativa (o de bloqueo) que tradicionalmente han conservado sobre determinadas decisiones que afectan de manera directa bien a las bases sobre las cuales se unieron (o invirtieron) en sociedad (disolución de la sociedad o medidas alternativas en un contexto de pérdidas patrimoniales), bien a la distribución del control intracorporativo (modificaciones estatutarias de la cifra del capital), a fin de que no pudieran entorpecer, «arbitrariamente» (pues se consideraría que nada se jugarían ya, dado al aguamiento de sus inversiones), soluciones beneficiosas para el salvamento de la actividad empresarial y, en especial, para la mejor satisfacción del conjunto de los acreedores¹⁵. Se estaría abordando, pues, una reordenación del panorama competencial en el funcionamiento interno de las sociedades que, indudablemente, afectaría de lleno a la solución que pueda arbitrarse y al órgano competente para instarla cuando la sociedad se ve inmersa en una crisis patrimonial y financiera cualificada, como la que nos ocupa en esta ponencia.

I. LA RESPUESTA AL CONFLICTO NORMATIVO

1. LAS PRINCIPALES LÍNEAS INTERPRETATIVAS DE ACTUACIÓN

Con los antecedentes expuestos, no resulta en absoluto sencillo sintetizar dentro de los límites razonables de un trabajo de estas características la *hoja de ruta* a la que debe atender una sociedad (más exactamente, cada uno de sus órganos sociales necesarios, en sus respectivos ámbitos competenciales) como solución al supuesto de hecho de la concurrencia de un déficit patrimonial legalmente relevante y de insolvencia en cualquiera de sus dos manifestaciones. Como ya se ha apuntado, las normas aplicables al respecto siguen mostrando una aparentemente insalvable contradicción entre sí, sin que hasta la fecha se puedan citar pronunciamientos claros y reiterados de los Tribunales resolviendo el conflicto. Y es que, pese a que resulta encomiable el esfuerzo llevado a cabo por la doctrina por ofrecer una respuesta argumentada completa al problema globalmente considerado, no existe ni mucho menos una postura pacífica ni que goce siquiera de un grado de aceptación generalizado. Es cierto que pueden advertirse ciertos lugares comunes y opiniones convergentes en algunos aspectos. Mas predominan los extremos en los que se mantienen posiciones muy poco conciliables.

Entre los puntos de encuentro, creo necesario destacar un par de ideas que pueden ayudarnos a desentrañar las aparentes contradicciones del articulado de la LSC y de la LCo en este extremo.

En primer lugar, se impone una interpretación conciliadora y armonizadora de ambas disciplinas, sin exclusiones. Una interpretación que atienda a los intereses en presencia en ambas y al espíritu que las guía, sin prescindir por completo de la literalidad de sus

artículos ni forzar excesivamente su lectura, aunque en algunos puntos quizá no pueda seguirse, tal cual, su significado textual. Esa exégesis debe huir, por lo pronto, de situar el campo de acción de la responsabilidad por las deudas sociales de los administradores (del art. 367 LSC) más allá de los confines explícitamente marcados por el legislador. Debe abogarse pues en este punto por una *interpretación estricta*, que no reduzca mecánicamente el alcance objetivo presumiblemente fijado por la norma, pero que, en caso de duda al respecto, se incline por la opción hermenéutica menos rigurosa. No solo por tratarse de una responsabilidad que, aunque presenta un innegable trasfondo resarcitorio, tiene carácter sancionador, un corte claramente punitivo (aunque de naturaleza civil, no penal), sino, principalmente, porque a la larga supone reconocer una responsabilidad de un sujeto de derecho por una deuda ajena, lo que debe considerarse completamente anómalo y, por lo tanto, excepcional en nuestro Derecho privado¹⁶.

En segundo lugar, es preciso situar como punto central para la solución al problema la *ratio* a la que obedece el juego de la causa legal de disolución por pérdidas previsto en los arts. 363.1 e) y 365 a 367 LSC. Esto es, lo que podríamos denominar la *disciplina societaria sobre la disolución legal por pérdidas*. Solo entendiendo correctamente el objetivo perseguido por el legislador con estas normas, dado el contexto en que se ubican, y el sumo cuidado con que debe actuarse para evitar que se rompa el deseado equilibrio valorativo que debe procurar mantenerse en todo momento entre las vertientes institucional y contractual de la sociedad, llegará a entenderse el alcance de aquellas y, lo que es más importante, el ámbito en el que tiene cabida la atribución al órgano de administración de la competencia para decidir la solicitud de concurso sin necesidad de contar con el respaldo de la junta general de socios (art. 3.1.2 LCo).

Siguiendo las pautas que acaban de exponerse, ha de partirse de la afirmación de que la *disciplina societaria sobre la disolución legal por pérdidas* constituye, por encima de todo, un mecanismo de prevención ante el riesgo de que la situación económica de la sociedad termine por amenazar las garantías de cobro de los acreedores sociales, que, en una entidad de tipo capitalista, en la que no hay responsabilidad del socio por las deudas de la persona jurídica, tienen el patrimonio neto como único referente prístino (al margen de la seguridad que voluntariamente hubieran consentido en prestar terceros)¹⁷.

De este mecanismo protector interesa resaltar un rasgo que estimo determinante a estos efectos: se trata de un recurso de alerta de corte patrimonial (no financiero o *de solvencia*, fundado sobre la capacidad real de pago a corto plazo¹⁸), por la sencilla razón de que, en la legislación española actual sobre estos tipos sociales (e igual sucede en las directrices comunitarias sobre las sociedades anónimas), la defensa de los intereses de los acreedores sociales, necesaria más que en ninguna otra categoría dada la exclusión de responsabilidad del socio ya apuntada, se construye sobre la cifra del capital social y su función de dique de contención de un montante, al menos equivalente, de bienes y derechos libres de deudas.

Consecuentemente con lo anterior, es un dispositivo que se articula de manera que, a la postre, brinda una tutela más efectiva a los que podríamos calificar como acreedores *futuros* (a quienes en lo sucesivo puedan relacionarse con la sociedad y adquirir créditos contra ella) que a los *actuales*. Y ello porque, si se observa, la alternativa a la disolución

y liquidación como solución al problema del déficit no tiene por qué consistir a la fuerza en allegar más recursos financieros a la sociedad, sino, simplemente, en reestablecer el equilibrio capital-patrimonio roto por los resultados negativos¹⁹. Lo que viene a dar a entender que la reacción legislativa ante la amenaza que se cierne sobre la sociedad se limita a ser un mero *ejercicio de sinceridad contable*, puramente formal; una forma de recobrar la veracidad del *aviso a navegantes* que representa en este contexto la cifra del capital social, en cuanto advertencia ante quienes en adelante entablen relaciones con la sociedad de que hay patrimonio neto al menos en una suma equivalente a aquella cifra formal. Precisamente la reforma introducida por la DDFD 1.ª y 2.ª Ley 19/2005, de 14 de noviembre (RCL 2005, 2199) en la redacción de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL (actual art. 367 LSC), al objeto de especificar que las obligaciones sociales por las que pasan a responder solidariamente los administradores por incumplir los deberes que se le imponen ante la presencia de una causa legal de disolución son las posteriores (esto es: las nacidas con posterioridad²⁰) al acaecimiento de dicha causa, confirma de lleno esta apreciación. La responsabilidad se limita a estas deudas porque, en relación con esta causal, lo que realmente se pretende es castigar la pasividad de los administradores por no instar la solución al déficit y permitir que la sociedad (por no haberse siquiera disuelto) siga contrayendo deudas ante terceros sin disponer de una base patrimonial suficientemente sólida (por lo menos, equivalente al capital) para atenderlas. Se hace así responsables a los administradores por la traición a la confianza del tráfico que provocan al no procurar que se corrija el desequilibrio contable y al mantener por tanto una imagen de suficiencia patrimonial falsa (manifestada sin más por la cifra de capital)²¹. Y se erige en beneficiarios de esa medida punitiva a quienes han sufrido *en sus bolsillos* directamente tal engaño: los *nuevos* acreedores.

Mas no debe olvidarse que, junto a esta función profiláctica, y aun en un segundo plano (reforzado por la falta de una específica atención al respecto por parte del legislador comunitario), la disciplina que nos ocupa es susceptible de desempeñar un ulterior cometido, de orden más contractualista, de cara a los socios, que a veces pasa desapercibido. En particular, los arts. 363.1 e) y 365 LSC contienen una invitación a los socios a que reflexionen, a la vista de la situación económica de la sociedad, sobre si merece o no la pena continuar manteniendo sus inversiones en una iniciativa que está generando pérdidas, hasta el punto de que buena parte de los fondos que pusieron en común para la explotación del objeto social ha desaparecido. En otras palabras: que debatan y decidan qué hacer con la sociedad cuando una de las bases fundamentales sobre las que se soporta su fundación (por no decir la más relevante), la obtención de unas ganancias que repartir entre ellos para rentabilizar su inversión, está fallando claramente²².

Repárese en que esta segunda función viene a ser la que dota de coherencia sistemática al elenco de causas legales de disolución social del art. 363 LSC. El denominador común de todas ellas ni es, ni mucho menos, la protección de los acreedores sociales; al menos, no es el objetivo primor-dial que las mueve en todo caso. Se trata, antes bien, de la verificación de situaciones que hacen resentirse esas bases contractuales esenciales (el objeto, la participación de los socios en las decisiones sobre la llevanza de la sociedad, la causa lucrativa); que debieran hacer que los socios replantearan el devenir de la sociedad y, bien cambiar su rumbo o corregir la deficiencia, bien romper la unión. Y sería precisamente ese denominador el que justificaría para todas estas causales la

responsabilidad por las deudas de los administradores sociales del art. 367 LSC. Es evidente que esta medida tan severa adquiere todo su sentido cuando la causa de disolución tiene directamente que ver con las expectativas de cobro de los acreedores sociales. Pero también puede fundarse en el hecho de que se haga cargar, sobre quienes tienen una información más precisa acerca de la marcha de los asuntos sociales y ostentan la competencia para convocar a los socios (*ex art. 166 LSC*) al objeto de que adopten las decisiones de su competencia que resulten convenientes, el peso de unas deudas cuyo nacimiento se habría evitado de haber cumplido el deber que la Ley les impone a fin de impedir que siga operando en el tráfico una sociedad ineficiente, o inoperativa en su vertiente interna o externa.

Pues bien, sentado lo anterior, hay que hacer notar que esta doble función del art. 363.1.e) LSC puede jugar cuando la consideración del interés de los socios resulta compatible, y puede tenerse en cuenta en igualdad de plano al menos, con el de los acreedores sociales. En otras palabras: siempre y cuando la situación de la sociedad no haya llegado a un punto en que, por mandato legal, el interés de estos últimos se erija no ya en prioritario, sino, si se apura, incluso excluyente. En nuestra legislación vigente (cuestión distinta será, con probabilidad, cuando se produzca la incorporación de la Directiva sobre reestructuración preventiva, si finalmente llega a aprobarse en los términos en que se halla redactada su Propuesta actual) ese punto de inflexión llega con la insolvencia actual de la sociedad, mas no aún con la inminente.

En efecto, la insolvencia actual desencadena el deber de pedir el concurso por el propio deudor (art. 5 LCo) y abre paso a la posibilidad de solicitud de un concurso necesario. De ahí que el art. 363.1 e) LSC, cuando contempla el supuesto de las pérdidas legalmente cualificadas, plantee una verdadera disyuntiva: habrá causa de disolución (*rectius*, de reunión y debate en la junta general sobre el devenir de la sociedad) a menos que lo «*procedente*», esto es, lo que haya de hacerse en su lugar (lo preceptivo, *ex art. 5 LCo*), sea solicitar la declaración de concurso, exigencia que la Ley Concursal, se insiste, anuda a una situación de insolvencia actual²³. Si hay que pedir el concurso huelga efectuar el llamamiento a los socios a que se refiere el art. 365 LSC. La petición corresponderá, excluyentemente²⁴, al órgano de administración [art. 3.1.2 LCo; aunque parece que no habría inconveniente en que los estatutos sociales la reservaran, *ex art. 160 j*), a la junta general], como acto puro de gestión que es (solicitar el auxilio judicial para resolver un problema de incapacidad de efectuar los pagos *corrientes*) y dada la agilidad que se requiere en la adopción de una medida que carece, por imperativo legal, de alternativa, y que igualmente, dadas las circunstancias reinantes, pudiera plantear «*cualquiera de sus acreedores*» (art. 3.1.1 LCo)²⁵. Y, por consiguiente (cabría concluir, aunque resulte bastante más discutible), como no se está ante una causa de disolución, no debiera entrar en juego la responsabilidad por las deudas sociales de los administradores prevista en el art. 367 LSC. Lo que no supone un obstáculo para que puedan recaer sobre los administradores las consecuencias derivadas de una eventual calificación del concurso como culpable (entre otras razones, por la desatención del deber de pedir el concurso: art. 165.1.1.º LCo), en cuanto fueran considerados «*personas afectadas por la calificación*»²⁶. O, incluso, para que pueda reclamárseles los daños provocados como consecuencia de esta pasividad, tanto a través de la acción *social* de responsabilidad (arts. 236 a 240 LSC; teniendo en cuenta, de estar la sociedad en concurso, la legitimación activa atribuida en exclusiva a la administración concursal

por el art. 48-*quáter* LCo) como de la *individual* (art. 241 LSC).

En cambio, si la insolvencia se muestra como inminente (y mientras no llegue a ser actual), como aún no existe el deber de pedir el concurso, es posible cohonestar el interés de acreedores y de socios. Juega con plenitud la causa legal de disolución y la sociedad (esto es, los socios a través de su junta general) mantiene el control, en principio excluyente, sobre la iniciativa a tomar para resolver el problema. Es en este contexto en el que cobra sentido el planteamiento de un debate y una decisión de los socios, instados por el órgano de administración, acerca de si disolver y dar por finalizada la aventura en común iniciada con la fundación social, arreglar el grave desequilibrio contable existente, o allegar de algún modo financiación para eludir la insolvencia que se avecina. De ahí el deber de convocatoria de una junta general establecido en el art. 365 LSC. Una convocatoria que puede reclamar de los administradores cualquier socio (art. 365.1.2 LSC), independientemente de su participación en el capital social, como corresponde con los supuestos de celebración de una junta general por imperativo legal o estatutario (de lo contrario, se requeriría a los solicitantes ostentar al menos un cinco por ciento del capital: art. 168 LSC). Bien es cierto que en este caso la consecuencia jurídica de la desatención de su deber por los administradores no se traduce (o, al menos, así no se contempla expresamente) en la posibilidad del inicio de un expediente de jurisdicción voluntaria encaminado a obtener la convocatoria de la junta por el Registrador Mercantil o el Letrado de la Administración de Justicia competentes (art. 169.1 LSC), sino, de un modo más contundente, en la facultad de instar la disolución judicial de la sociedad (art. 366.1 LSC) y en el nacimiento de la responsabilidad de aquellos por las deudas sociales contraídas desde la concurrencia de la causa legal de disolución²⁷.

2. LAS DUDAS ACERCA DEL CONTENIDO DEL ORDEN DEL DÍA DE LA JUNTA GENERAL Y DE LAS CONSECUENCIAS DE LA ADOPCIÓN O NO DE ACUERDOS AL RESPECTO

Llegados a este punto de la convocatoria obligada de junta es a partir de donde se suscitan muchas más dudas sobre la disciplina legal, y donde la división en el seno de la doctrina llega a cotas a veces insuperable. Probablemente el desencuentro de mayor relieve (por las consecuencias jurídicas que puede deparar según la respuesta que se defienda) tenga que ver con la discusión en torno al orden del día que deba tener esa reunión de la junta general.

A saber: resulta seguro que dicho orden del día ha de hacer referencia a la disolución de la sociedad (indicando, asimismo, que no se trata de una decisión *ad nutum*, sino propiciada por la presencia de una causa legal de disolución). Tampoco parece plantear problemas la admisión de la posibilidad de que, dentro de sus facultades de proposición a la junta de las medidas a adoptar y de fijación del contenido de la convocatoria, los administradores puedan incluir expresamente, como alternativa a la disolución, cualquier otra medida correctora del desequilibrio contable que sea a su vez apta para eliminar la insolvencia²⁸. Así resultaría de la alusión del art. 365.2 LSC a la eventual adopción, en vez de la disolución, de los acuerdos «*que sean necesarios para la remoción de la causa*», «*si constare en el orden del día*»²⁹. Pero lo que genera verdadera controversia es la respuesta en torno a si los administradores deben incluir también como alternativa la solicitud de concurso de acreedores, o si simplemente están

facultados para ello.

Desde luego, parece evidente que, en las circunstancias que ahora nos ocupan (déficit contable legalmente relevante e insolvencia inminente), la solicitud de concurso deja de ser un asunto de competencia excluyente del órgano de administración. No hay más remedio que matizar el alcance objetivo de lo establecido por el art. 3.1.2 LCo, en el sentido de que, cuanto menos (so pena de ignorar por completo los mandatos contenidos en la LSC), debe reconocerse que se trata de una materia sobre la que puede entrar a debatir y tomar decisiones la junta general. De lo contrario habría que concluir que las referencias legales a la celebración de una junta si «*la sociedad fuera insolvente*» (art. 365.1 LSC) carecen por completo de significación alguna, pues ni siquiera, en la tesitura en que se plantea, tendría sentido un acuerdo de la junta que se limitara a recomendar o instruir al órgano de administración en torno a tal solicitud (previsión legal que por otro lado, en la actualidad, sería redundante en cualquiera de los tipos sociales capitalistas, a la vista de lo dispuesto por el art. 161 LSC), dado que en todo caso se requiere una decisión que resuelva el problema sin perjuicio de su ejecución por los administradores (la disolución, o, si no, la medida de que se trate), no un acuerdo que difiera en otro órgano la fijación de la *hoja de ruta* a seguir.

Pues bien, sentado lo anterior, creo que, bajo el régimen actualmente vigente, se trata de un asunto de preceptiva inclusión en el orden del día de la junta como alternativa a la disolución de la sociedad, de modo que la competencia decisoria en este caso dejaría por completo de recaer sobre el órgano de administración para pasar al conjunto de los socios, a quienes la Ley otorgaría aún la oportunidad de hacer prevalecer el interés social y concretar su manera de implementarse, siempre que con ello no se entrara en contradicción con el interés de los acreedores³⁰. La atribución al órgano de administración de la facultad de incluir o no tal asunto en el orden del día de la junta se adecuaría bien a un sistema que previera tal reunión asamblearia como potestativa. Pero, siendo esta obligatoria, no parece que tenga sentido permitir que la junta opte por la disolución o, sobre todo, por una medida de remoción del déficit contable y de la insolvencia inminente mientras los administradores mantienen la posibilidad de instar el concurso al margen de lo que pudiera acordar la junta general al respecto³¹. Adviértase, sin ir más lejos, que, aunque en puridad, no resulte incompatible simultanear una petición de concurso con una posterior decisión de disolución de la sociedad o viceversa, sí que sería contraproducente que la sociedad mantuviera, como dos vías paralelas y separadas de solución al problema, la remoción de la situación por la junta general (por ejemplo una operación acordeón) y el concurso instado por el órgano de administración. Por otro lado, la decisión de la junta (se insiste, necesaria, *ex art.* 366 LSC) debe adoptarse con el suficiente nivel de conocimiento de causa sobre las opciones disponibles y sus consecuencias, lo que incluiría la información sobre la insolvencia inminente de la sociedad. Y, existiendo la posibilidad de acudir al remedio de la petición de concurso, no parece coherente que la cuestión pueda resolverse con una mera puesta en conocimiento de los socios de tal insolvencia inminente dejando aquella decisión fuera del margen de actuación de la junta³².

Consecuentemente con lo que sostengo, nacería la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC en el caso de que, concurriendo insolvencia inminente y pérdidas legalmente calificadas, el órgano de administración no incluyera como una de las medidas

alternativas a adoptar por la junta general la petición de concurso. Es verdad que, textualmente, el párrafo primero del artículo mencionado no incluye este supuesto entre los que desencadenan dicha responsabilidad. Lo que, si al final la junta adopta el acuerdo de disolver o cualquier otro que remueva la causa, podría llevar a pensar en que semejante conclusión supondría extender la responsabilidad por deuda más allá de sus contornos admisibles, siendo, como es, una norma sancionadora que establece una solución anómala (una responsabilidad por deudas ajenas) y que debiera ser objeto, por lo tanto, de una lectura muy rigurosa. Pero no creo que se produjera tal exceso. A la inter-pretación estricta podrá acudir ante la persistencia de dudas en torno al alcance de un precepto tras atender a las pautas de interpretación normativa previstas en el art. 3 Cc, que tienen en cuenta la literalidad de la ley, pero igualmente su contexto y el espíritu que las motiva. Y, atendiendo a una visión sistemática y finalista de la disciplina, parece admisible concluir que la omisión en el orden del día de la referencia expresa a una de las alternativas que la Ley exige que la junta general pondere supone tanto como mutilar su poder de actuación discrecional ante una coyuntura sumamente delicada. Una infracción legal de los administradores equivalente a estos efectos a una ausencia de convocatoria o al incumplimiento del deber de efectuarla (conducta que sí castiga el art. 367.1 LSC), puesto que, aunque se trate de una cuestión de *contenido* (no de «*forma*» o «*plazo previo*»), dicha convocatoria adolecería de un defecto, en principio, de «*carácter relevante*» [ex art. 204.3 a) LSC] y, por ende, invalidante, que haría impugnables los acuerdos tomados al respecto³³.

En un sentido opuesto, si la posibilidad de pedir el concurso se incluyera en el orden del día de la junta general, tal responsabilidad por deudas quedaría, momentáneamente, desactivada. Se reactivaría solo en caso de completa pasividad de la junta, en que sería preciso acudir al remedio supletorio de la petición de disolución judicial, a menos que la sociedad hubiera pasado en el ínterin a la situación de insolvencia actual, en cuyo caso, como establece textualmente la Ley («*si procediere*»; esto es, de nuevo, si viniera exigido por mandato del art. 5 LCo), sería preceptivo solicitar el concurso (arts. 366 y 367 LSC). Quiere decirse con ello que las expresiones legales «*acuerdo contrario a la disolución*» de la junta general o que «*no pudiera ser logrado*» (o que «*no se hubiera adoptado*») del art. 366 LSC significa, a los efectos de concretar el deber que surge para los administradores en ese trance y de desatar su responsabilidad por deudas del art. 367 LSC en caso de incumplimiento, todo supuesto que no consista en la decisión consistente en pedir el concurso, disolver la sociedad o adoptar la medida de remoción que (de la causa de disolución y de la insolvencia) corresponda, ya sea porque no se alcanzó la mayoría suficiente para ello, ya sea porque se adoptó otro tipo de medida impertinente a estos efectos, ya sea porque ni siquiera llegara a celebrarse la junta, pese a haberse convocado conforme a Ley³⁴.

Obsérvese, por otro lado, que, por la previsión de la solicitud de concurso como una mera eventualidad (manifestada por la conjunción condicional «*si*»), la Ley parece presumir que la situación de insolvencia inminente persistirá pese al tiempo transcurrido desde su inicial verificación, lo que no siempre será, ni mucho menos, la hipótesis normal (apurando el plazo para convocar del art. 365.1 LSC, puede llegar hasta los dos meses y medio –en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada– o los tres meses –en el de las sociedades anónimas; o aún más, si la insolvencia se apreció antes de las pérdidas legalmente cualificadas, que es la circunstancias que marca

verdaderamente el *dies a quo* en el cómputo del plazo para convocar). En cualquier caso, resulta claro que, de continuar la insolvencia inminente, la Ley ya no admitiría otra vía de solución a esas alturas que la disolución judicial rogada por el cauce de la jurisdicción voluntaria, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 125 a 128 LJV (que, además, sería lo único que podría pedir de la autoridad judicial «*cualquier interesado*» -art. 366.1 LSC-, por tratarse de una condición que, de por sí, no legitima a pedir un concurso, *ex art.* 3 LCo). Sería la medida más contundente, pero tal vez la reacción más adecuada ante la ausencia de pronunciamiento expreso de los socios sobre la solución al problema.

II. LA INCIDENCIA DE LOS EXPEDIENTES PRECONCURSALES

1. LA INTERFERENCIA DE LA REGULACIÓN DEL PRECONCURSO EN EL PROBLEMA DE LA CONCURRENCIA DE INSOLVENCIA Y DE DÉFICIT PATRIMONIAL: PLANTEAMIENTO

La interferencia de la regulación de los expedientes concursales (reconocidos y perfilados por el legislador español tras sucesivas reformas del texto originario de la Ley Concursal) en el conflicto normativo planteado a propósito de la concurrencia de una situación de insolvencia y de pérdidas patrimoniales legalmente cualificadas añade un nuevo factor de confusión al problema, puesto que las coordenadas temporales en las que por esencia entran en acción tales expedientes vienen a coincidir con aquellas bajo las que se produce tal concurrencia.

Hay que advertir, con todo, que no siempre que esté abierta la posibilidad de acudir a uno de estos expedientes va a plantearse el citado conflicto. Aparte de que, igual que sucede con la declaración de concurso, la existencia de un déficit patrimonial no tiene por qué verificarse cuando se dan los presupuestos necesarios para obtener el amparo del art. 5-*bis* LCo, es preciso tener en cuenta que para acogerse a un acuerdo concursal, bajo la legislación actual, no en todo caso es indispensable encontrarse en una situación de insolvencia, actual o inminente³⁵. En realidad, tal requisito solo se viene a exigir (bien es cierto que bajo una redacción poco clara) para intentar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231.2 LCo³⁶), mas no para los acuerdos de refinanciación, *colectivos o singulares*, ni para los acuerdos de refinanciación *colectivos* homologados³⁷. Lo que no quita que, en buena lógica (y la experiencia se está ocupando de demostrarlo), en toda la fenomenología de acuerdos concursales (y se exija o no por la Ley expresamente), la insolvencia inminente, e incluso la actual, sea el campo de juego idóneo en el que plantear estas iniciativas y sobre la que el legislador construye la disciplina (*id quod plerumque accidit*). Así lo explican, por ejemplo, el protagonismo otorgado por el art. 5-*bis* LCo a la enervación del deber de pedir el concurso (solo exigible en casos de insolvencia actual, como se sabe: art. 5 LCo) o la atención prestada a la suspensión de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales que pudieran entablarse contra la deudora, que guardan una indudable conexión con uno de los *hechos de insolvencia* del art. 2.4 LCo: la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio de la sociedad³⁸. Con todo, no puede obviarse que los efectos aletargadores del inicio de estos expedientes sobre el deber de pedir el concurso (y sobre la facultad de hacerlo por otros legitimados activos, *ex art.* 15.3 LCo) y sobre las ejecuciones singulares a entablar no juegan en presencia de un acuerdo de refinanciación *singular* (art. 71-*bis*.2 LCo), que parece ceñir su incidencia sobre la

irrescindibilidad del convenio y sus actos de ejecución y sobre el tratamiento beneficioso concedido al *fresh-money* (arts. 84.2.11.º y 91.6.º LCo) y a los acreedores participantes en cuanto a la posibilidad de ser calificados como *personas especialmente relacionadas con la concursada* (art. 93.2.2.º LCo)³⁹. Circunstancia en absoluto baladí en el conflicto normativo que nos ocupa (especialmente la relativa a la enervación del deber de solicitar concurso voluntario), pues, como se verá, la comunicación del inicio de negociaciones (que en el caso del art. 71-*bis*.2 LCo se revela inane) desempeña un rol fundamental en la vigencia de los mandatos contenidos en los arts. 363 y siguientes LSC.

Hecha la anterior consideración, es necesario asimismo aclarar que, en realidad, el supuesto de hecho al que ahora me refiero no viene a ser distinto del analizado en el apartado II anterior. Dicho de otro modo: la posibilidad de acogerse a alguno de los expedientes preconcursales cabrá en la mayoría de los casos en los que una sociedad se halle simultáneamente en situación de pérdidas patrimoniales legalmente cualificadas y de insolvencia. Recuérdese que, por lo que atañe en concreto al planteamiento de los acuerdos de refinanciación, solo se precisa, si acaso, que el negocio empresarial titularidad de la sociedad sea viable; algo que, por cierto, ni siquiera se verifica al comienzo del expediente como presupuesto para que se produzcan sus efectos (dadas las limitadísimas facultades de calificación de la documentación presentada en cuanto al fondo que se otorgan al Juzgado ante el que se presenta la comunicación del art. 5-*bis* LCo⁴⁰), y que, en el caso de los acuerdos de refinanciación *singulares*, ni llega a requerirse expresamente (aunque deba considerarse una exigencia implícita, pues de lo contrario escaso fundamento tendría brindarle la protección que legalmente se dispone⁴¹). Por lo que concierne a los acuerdos extrajudiciales de pagos, basta con que se cumplan los requisitos fijados por el art. 231.2, 3 y 4 LCo, que, en definitiva, tampoco parecen resultar demasiado exigentes, en el sentido de constituir, de hecho, un obstáculo insalvable para la mayoría de las sociedades de capital españolas⁴². Quiere decirse con ello que nos encontraríamos ante la tipología de supuestos de hecho más común en la realidad diaria de nuestro país cuando se produce la mencionada coincidencia de pérdidas graves y de insolvencia. Tanto es así que no parece que en el momento actual tenga excesiva utilidad intentar resolver el conflicto normativo que se presenta en este punto entre la Ley Concursal y la Ley de Sociedades de Capital sin tener muy en cuenta la eventual injerencia de los preconcursos.

El análisis del campo de actuación de estos expedientes preconcursales, de la forma de cobrar vida y de los efectos que provoca, en su caso, su simple anuncio ante el Juzgado que habría de conocer del concurso, pone de manifiesto una última consideración de importancia para un planteamiento correcto de la cuestión: el problema a resolver no se reduce únicamente a la delimitación de competencias en el seno de la sociedad. Es decir: a determinar el papel que juegan el órgano de administración y la junta general en esta tesitura. Junto a esta incógnita, e incluso con anterioridad en la lógica de la tarea de indagación jurídica, hay que contestar un par de interrogantes que tiene que ver con la vigencia de los deberes que establecen los arts. 365 y siguientes LSC: qué efectos provoca la activación de lo dispuesto en el art. 5-*bis* LCo (que, se insiste, no se aplica en el caso de los acuerdos de refinanciación *singulares*) sobre tales deberes; qué consecuencias entraña la finalización del expediente preconcursal o del período legalmente previsto para su conclusión sobre los mismos. Entonces será cuando se esté en disposición de averiguar con fundamento qué órgano social tiene el poder de decisión

para colocar a la sociedad bajo el amparo del art. 5-*bis* LCo o para adoptar las eventuales medidas que requiera, en su caso, la implementación de un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos. Respuesta de la que derivará sin solución de continuidad la relativa a la aplicación de la responsabilidad por las deudas sociales del art. 367 LSC, en función de que el órgano de administración esté o no adoptando correctamente las prevenciones de los arts. 365 y 366 LSC.

2. LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

2.1. Los argumentos para una respuesta al problema; análisis crítico de una posible competencia del órgano de administración para poner en marcha los efectos del art. 5-*bis* Ley Concursal

Expuestos los términos de la controversia, hay que partir del dato de que el legislador español no ofrece respuesta alguna al respecto. O, dicho con mayor exactitud, sobre el papel sí la apunta, pero no parece que haya tenido en cuenta en absoluto las vicisitudes que en particular presenta el supuesto de hecho que nos interesa. Y es que, en relación con el acuerdo extrajudicial de pagos (nada se dice cuando se trata de los acuerdos de refinanciación en sus distintas modalidades), el art. 232.1.2 LCo se limita a reproducir, sin más, lo establecido en el art. 3.1.2 LCo para la solicitud de concurso, atribuyendo pues al órgano de administración la competencia decisoria de la medida (no solo ejecutiva) consistente en solicitar el nombramiento de un mediador concursal (que, como se sabe, es la fórmula mediante la que la deudora pone en funcionamiento el expediente preconcursal y, si la solicitud es formal y sustancialmente correcta, provoca que se proceda a la comunicación al Juzgado de lo Mercantil competente que abre paso a la aplicación del art. 5-*bis* LCo).

Valgan pues las mismas consideraciones críticas que merece el art. 3.1.2 LCo, en el sentido de que, interpretado literalmente, sin excepciones, este art. 232.1.2 LCo chocaría frontalmente con lo establecido por los arts. 363.1 e) y 365 LSC, que otorgan algún papel a la junta general. A lo que habría que añadir el absurdo a que podría conducir una interpretación estrictamente aferrada a la letra de la Ley si se colige que en los restantes expedientes preconcursales tal competencia orgánica no jugaría, dado el contraste entre la expresa manifestación normativa del art. 232.1.2 LCo y el silencio legislativo cuando se trata de estos últimos. Así pues, el legislador nos sitúa una vez más ante el mismo problema de fondo, agravado si cabe porque los expedientes preconcursales vienen a ser una medida adicional respecto del catálogo que contempla la Ley de Sociedades de Capital (disolución, remoción de la causa o concurso), y, por si fuera poco, completamente ignorada por esta [al menos, a la petición de concurso se alude en los arts. 363.1 e), 365.1 y 367.1 LSC].

Ante tal confusión (que persistiría bajo el Texto Refundido, a tenor de lo establecido en el art. 630.2 PTRLCo), algunos autores han realizado un esfuerzo notable por ofrecer una respuesta argumentada al problema, que en gran medida viene marcada por la tesis que se mantenga en torno al conflicto entre petición de concurso y disolución (del que me he ocupado en el apartado II). Mas no parece que pueda destacarse una postura predominante al respecto. Si acaso, sí que podría advertirse cierta inclinación por

entender, en el caso de la insolvencia actual, lo siguiente⁴³:

- que la entrada o puesta en funcionamiento del mecanismo del precurso neutraliza el juego de los arts. 363 y siguientes LSC y 5 LCo, de tal suerte que, solo en caso de fracaso de las negociaciones o de incumplimiento de los compromisos asumidos, volverá a activarse la disyuntiva entre disolución y concurso;

- que la decisión sobre el recurso a tal mecanismo corresponde en exclusiva al órgano de administración (en la línea trazada por el art. 232.1.2 LCo), sin perjuicio de que sea preciso recabar el acuerdo de la junta general para la satisfacción de determinadas exigencias que conformen el contenido del acuerdo que finalmente alcancen los administradores con los acreedores.

Mucho más vacilante resulta la respuesta ante la concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas e insolvencia inminente. En realidad, la duda se concentra en la posibilidad de extender a este supuesto las mismas conclusiones que se acaban de exponer para las hipótesis de insolvencia actual.

Desde luego, hay que reconocer que, desde un punto de vista eminentemente práctico, la extensión de la respuesta a la insolvencia inminente, y, en particular, la atribución en exclusiva al órgano de administración de la competencia orgánica para su puesta en marcha, sería la más eficiente y probablemente satisfactoria para buena parte de los interesados en presencia. Ello fundamentalmente por las siguientes razones:

Ante todo, por el contenido sustantivo, escasamente comprometedor y perteneciente al más ortodoxo ámbito de la gestión social, que tiene en sí misma la medida a adoptar, así como en la simplicidad de su puesta en práctica. No parece eficiente requerir una reunión de la junta general de socios para una medida que, en el instante en que se plantea su inicio, consiste, pura y llanamente, en el caso de los acuerdos de refinanciación *colectivos*, en comunicar por vía de un documento sencillo al Juzgado de lo Mercantil competente un *inicio de negociaciones* que, por si fuera poco, ni siquiera se verifica por el destinatario de la comunicación (como tampoco se comprueba en ese momento que hay dificultades graves de tesorería, o que la empresa es viable y merece reflotarse); y, cuando se trata de un acuerdo extrajudicial de pagos, en la presentación, ante la instancia que determine el art. 232.3 LCo, de un documento en un modelo aprobado administrativamente (ORDEN JUS/2831/2015, de 17 de diciembre -RCL 2015, 2122-) mediante el que se solicita el nombramiento de un mediador concursal. Si finalmente prospera la idea, y para llevarla a buen término han de adoptarse decisiones que afectan a la estructura, la configuración o la distribución de poder en el seno social, más adelante se requerirá el plácet de la junta general.

En un segundo término, podría aducirse que tal simplicidad en el inicio del expediente facilitaría un cauce rápido y eficaz para sentar un clima de seguridad merced al que abordar una negociación a fondo con los acreedores sobre la solución a la crisis financiera de la sociedad, sin la amenaza que puede suponer para el éxito de tal iniciativa que, mientras se negocia, se declare el concurso o que algunos acreedores procuren obtener el cobro de sus créditos mediante la traba y enajenación forzosa de activos importantes para el mantenimiento de la actividad empresarial. Resultaría contraproducente con el dinamismo y la ductilidad con que se quiere dotar este

mecanismo que la decisión del deudor tuviera que pasar en todo caso por un acuerdo favorable de la junta general, con las demoras que ello puede conllevar, especialmente si se trata de una gran sociedad o hay tensiones dentro de la masa social. La rápida capacidad de actuación en asuntos de este tipo del órgano de administración garantizaría tanto una reacción adecuada a la premura que imponen las circunstancias como el establecimiento y posterior mantenimiento de un canal de interlocución permanente y ágil con los acreedores.

En tercer y último lugar, no puede olvidarse la conveniencia de que estos primeros pasos en la búsqueda de una solución extraconcursal a las dificultades financieras de las sociedades se tomen con la mayor discreción posible, al objeto de evitar el impacto muy desfavorable que en los círculos interesados (proveedores, financiadores, clientes, trabajadores, etc.) puede ocasionar la noticia del recurso a un mecanismo que, aunque sea sociológicamente (y por más que el legislador ponga empeño en conseguir lo contrario), se considera una iniciativa *propia* (y, por lo tanto, *indicativa*) de una situación extrema, por no decir casi desesperada. Esa opacidad podría ser difícil de obtener con la convocatoria de una junta general para que adoptara este tipo de decisiones. En cambio, estaría asegurada con el órgano de administración, no solo por la ausencia de publicidad con que funciona ordinariamente, sino por el deber de confidencialidad sobre el contenido de sus reuniones que la Ley impone a sus miembros [art. 228 b) LSC].

No obstante, y sin perjuicio de que el peso de tales razones pueda someterse igualmente a discusión en algunos aspectos, a mi modo de ver es preciso dudar fundadamente de que, bajo la legislación actualmente vigente, en especial la societaria, y teniendo presente algunas de las consideraciones efectuadas sobre la misma en el apartado II, se trate de la respuesta correcta (arreglada a Derecho) en todos los casos de concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas y de insolvencia inminente. Insisto en el matiz temporal (clave, como no podría ser de otro modo) en relación con la legislación aplicable, pues, como ya se ha apuntado en el apartado I, si tienen lugar (como, posiblemente, tendría que suceder) cambios en el juego normativo del déficit patrimonial como consecuencia de la aprobación de la Directiva sobre reestructuración preventiva, la solución puede ser muy diferente, entre otras razones porque puede que el catálogo de medidas disponible ante el supuesto de hecho que ahora se estudia ya no sea el mismo.

En mi opinión, una respuesta global a este conflicto pasa por tener muy presentes algunas consideraciones:

i). En primer lugar, no debe olvidarse que la Ley vincula formalmente (en el sentido de que las coloca frente a frente, como una dicotomía) la situación de pérdidas graves legalmente cualificadas que dan lugar a la presencia de una causa legal de disolución con la insolvencia, no con la petición de concurso que pudiera llevar como consecuencia. Lo que elimina realmente la existencia de la causa de disolución en el art. 363.1 e) LSC no es la instancia del procedimiento concursal, sino la incapacidad de pago del deudor, su insolvencia actual. Lo que significa que el reconocimiento de los expedientes preconcursales no viene a alterar los antecedentes fácticos dentro de los que se desenvuelve el conflicto. El precurso, de por sí, no excluye la causa de disolución ni convierte en inaplicables los mandatos de los arts. 365 y siguientes LSC (otra cosa será

que desplace su entrada en juego transitoriamente). Solo representa, en caso de insolvencia inminente, una *cuarta vía* de solución ante la verificación de dicha causa legal, un cauce añadido de respuesta a aquellos mandatos, que funciona como una alternativa más junto con la disolución, la petición de concurso o las medidas de remoción.

ii). En segundo lugar, y precisamente por lo anterior, si el precurso solo constituye una eventual solución *sobrevenida* ante la concurrencia de causa de disolución por pérdidas e insolvencia, su mero planteamiento o inicio de las negociaciones (o, en el caso de los acuerdos extrajudiciales de pagos, de los trámites conducentes a ponerlas en marcha), aún a expensas de su definitiva culminación y del buen fin de los acuerdos alcanzados, no puede servir como respuesta final satisfactoria al problema, por más que llegue a conocimiento de la autoridad judicial. Claro que ello no significa que pueda concluirse la absoluta irrelevancia de la puesta en marcha del mecanismo preconcursal en caso de insolvencia inminente. Tal actuación debe tener alguna virtualidad sobre los deberes que el art. 365 LSC impone a los administradores societarios, en paralelo a la que provoca sobre las ejecuciones judiciales y extrajudiciales o, más en particular, sobre el deber de pedir el concurso y la posibilidad de hacerlo los acreedores (arts. 5-*bis* y 15.3 LCo). Una petición de concurso que la propia Ley societaria, según la interpretación que vengo defendiendo, considera una reacción suficiente y, por lo tanto, adecuada ante la crisis patrimonial y financiera de la entidad.

En efecto, si el objetivo primordial de los expedientes preconcursales (al menos, así parece ser en los supuestos prototipo) consiste en eliminar (o resolver) la insolvencia, cuando no prevenirla⁴⁴, a fin de evitar el concurso, parece lógico pensar que, mientras se desarrollan o culminan esas negociaciones, el juego de los arts. 363 y siguientes LSC debiera quedar, si no completamente eliminado, sí al menos aparcado, suspendido, tanto si la situación es de insolvencia actual como inminente⁴⁵. Son tres los motivos que me llevan a esta conclusión:

a) Es preciso reparar en la función principal que tienden a desempeñar los mandatos contenidos en los arts. 363 y siguientes LSC, que consiste, como se sabe, en brindar una adecuada tutela a los acreedores ante el riesgo de impago de sus créditos. Pues bien, esta función ya estaría siendo satisfecha (al menos, se hallaría en curso de pretendida satisfacción) por el precurso. Además, lo estaría haciendo sobradamente (permítase la expresión), puesto que el expediente preconcursal busca atajar el problema de forma directa desde su raíz; procura eliminar el problema de fondo que realmente inquieta más desde la perspectiva de la protección de los acreedores sociales, que no es otro que la insolvencia o incapacidad de pago. Frente a este, el asunto del déficit contable pasaría a un segundo plano, máxime cuando puede que ni siquiera haya derivado en una insuficiencia patrimonial⁴⁶. En definitiva, vendría a suceder como cuando se ponderan las medidas a proponer a la junta general en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 365 LSC: las que persigan corregir el desequilibrio contable y remover la causa de disolución deben ser asimismo aptas para eliminar la insolvencia inminente; en cambio, una vez puesto en marcha a través del concurso el cauce conducente a resolver tal insolvencia, el mantenimiento de la situación de pérdidas patrimoniales legalmente calificadas deja de constituir un problema a solucionar por el momento⁴⁷.

b) Tampoco resultaría coherente con la finalidad perseguida por el legislador ante las dificultades financieras y patrimoniales de la sociedad, que, de un modo paralelo e independiente del recurso a las gestiones a que alude el art. 5-*bis* LCo, se convocara por el órgano de administración y (o) se celebrara una junta general de socios para debatir sobre si disolver la sociedad o remover la causa de disolución por pérdidas. Es más: muchas de las medidas que pudiera adoptar la junta general en este contexto serían incompatibles con un eventual contenido de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos. Sin prejuzgar la incidencia que una iniciativa de tal tipo, que podría considerarse *contra los propios actos*, pudiera tener sobre el curso mismo del expediente en el Juzgado, parece claro que el órgano de administración tendría, cuanto menos, que reorientar las negociaciones con los acreedores para ajustarlas a la decisión de la junta general, ante la natural inquietud, sorpresa o recelo que pudiera suscitar entre estos. Por no decir que tendría que descartarlas por su frontal oposición a cualquier tipo de acuerdo que se pudiera alcanzar con los acreedores o por la negativa tajante de estos a continuar negociando, dadas las circunstancias. En otras palabras: podría implicar, *de facto*, un desistimiento del precurso. Lo que dejaría a la sociedad abocada justamente a lo que pretendería evitar: la petición de declaración de concurso.

c) Igualmente contraproducente, a tenor del objetivo y del espíritu de la disciplina, sería que, mientras se desarrollan las negociaciones encaminadas a la culminación de un acuerdo preconcursal, estuviera jugando la responsabilidad por deudas sociales de los administradores del art. 367 LSC (o estuviera corriendo el plazo de dos meses establecido por el art. 365 LSC para que aquella comenzara a jugar). Semejante conclusión significaría tanto como desincentivar el recurso a estos expedientes. Basta con preguntarse qué administrador iba a instar la entrada de la sociedad en un precurso a sabiendas de que, mientras culminaban o no las negociaciones, iba a estar respondiendo por su pasividad en convocar la junta general o iba a estar consumiéndose el plazo bimensual del art. 365 LSC para ello (más corto que el que el art. 5-*bis.5* LCo recoge para cerrar el acuerdo). Es verdad que el legislador no se ha ocupado de resolver este escollo. Pero no parece que ello suponga un inconveniente insalvable para justificar la suspensión en la aplicación del art. 367 LSC en el ínterin en que se desarrolla el curso de las negociaciones al amparo del art. 5-*bis* LCo. Y ello porque este silencio legislativo tiene forzosamente que responder, más que a una manifestación de una *voluntas legis* en el sentido de desconectar el precurso de tal responsabilidad por deudas, a una patente falta de coordinación en este punto (otra más) entre la legislación societaria y las modificaciones introducidas en la legislación concursal para dar entrada a estos expedientes. Obsérvese que, de no acudir a esta interpretación armónica de las normas, la situación en que quedarían los administradores sería especialmente delicada, pues, ante las dificultades (cuando no imposibilidad) para trabar y enajenar forzosamente bienes de la sociedad (debido a la suspensión de ejecuciones ordenada por el art. 5-*bis.4* LCo), los acreedores sociales podrían lanzarse por la vía del art. 367 LSC contra los de aquellos, en una ejecución que se mantendría expedita, y que, por no estarse aún en concurso, no podrían esquivar sobre la base de la suspensión-paralización de tal vía prevista por los arts. 50.2 y 51-*bis.1* LCo.

En suma, con la activación de lo dispuesto por el art. 5-*bis* LCo se coloca en curso de satisfacción el objetivo principal perseguido por los arts. 363 y siguientes LSC. De ahí

que considere ajustado a Derecho (pese al silencio legislativo, que, insisto, como sucede con el art. 367 LCo en particular, ha de deberse más a una descoordinación normativa que a otra cosa) que la entrada en funcionamiento de esta vía de solución de la crisis económica de la sociedad en caso de insolvencia inminente disfrute, a efectos de la aplicación de los mandatos contenidos en aquellos artículos de la legislación societaria, del mismo margen de confianza que el legislador le otorga en relación con un eventual surgimiento del deber de pedir el concurso.

iii). Como apéndice a todo lo que acaba de exponerse, no debe olvidarse que los arts. 363 y siguientes LSC están destinados a cumplir en la actualidad una segunda función, que he caracterizado en el apartado II como *eventual* (puesto que afloraría solo en caso de que no hubiera insolvencia actual), y que se orienta hacia los socios. Por esta razón es preciso apuntar otro dato más, determinante, al respecto: acudir a la vía trazada por el art. 5-*bis* LCo significa tanto como reconocer las dificultades financieras graves por las que atraviesa la sociedad (cuando no, directamente, admitir su insolvencia -cfr. el art. 231.2 LCo, o cuando hay intención de buscar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio-) y dejar en cierto modo en manos de los acreedores la solución al problema, en el sentido de que, sin su conformidad (bien es cierto que manifestada mediante un sistema de mayorías calculada sobre el pasivo de la deudora), no será posible alcanzar un acuerdo de refinanciación de ninguna clase ni un acuerdo extrajudicial de pagos.

Es verdad que esta dejación de poder no es absoluta. Aún los socios reunidos en junta general pueden jugar un papel muy trascendente. Pero no en todo caso [no todo acuerdo preconcursal tiene por qué implicar la adopción de medidas que resulten competencia de la junta general, *ex art.* 160 LSC; piénsese, simplemente, en una quita y una espera o en una reunificación de créditos]. Y, en cualquier caso, cuando les corresponda tomar decisiones, lo será de una manera bastante condicionada debido a las reglas que penalizan la ausencia de acuerdo o la resistencia de los socios a adoptarlo (arts. 165.2 y 172.2.1.º LCo), o que suavizan los requisitos sustantivos o los porcentajes de capital necesarios para que se considere alcanzado [cfr. DA 4.ª.3.b).3.ºii) LCo, para los acuerdos de refinanciación homologados, y 236.1 d) en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos].

En definitiva, si el recurso al art. 5-*bis* LCo fuera una competencia del órgano de administración, las competencias de la junta general al respecto sufrirían un recorte considerable. Por una parte, los socios perderían la iniciativa para la solución al problema en los supuestos en los que Ley parece atribuírsela excluyentemente, como serían, según he argumentado con anterioridad, los casos en que coincide una situación de insolvencia inminente con pérdidas legalmente cualificadas. Pero, por otra parte, si en algún momento las medidas a adoptar, como contenido de un acuerdo adoptado en el seno de un expediente preconcursal, dependieran de su parecer favorable, su decisión habría de tomarse en unas circunstancias bastante distintas de las normales y con la presión añadida de las consecuencias muy negativas que podría tener dar al traste con unas negociaciones emprendidas hace ya algunas semanas, precisamente en una coyuntura en la que el factor tiempo (la misma inminencia de la incapacidad de pago lo revela) resulta decisivo.

Existen, pues, razones consistentes para dudar del acierto de una atribución al órgano

de administración de la competencia excluyente para tomar la decisión de situar a la sociedad ante un precurso, al menos en aquellos supuestos en que la legislación vigente mantenga el peso del interés de los socios en la solución al problema, atribuyendo a la junta general el protagonismo en la adopción de las medidas de que se trate. No parece que la indudable mejora que ha provocado la introducción de los expedientes concursales en el panorama de medidas disponibles para resolver las insolvencias (incluso cuando concurren con déficit patrimonial), al ampliar su catálogo (evitando acudir a remedios más extremos y por lo general traumáticos, como el concurso o la disolución social) y simplificar y flexibilizar notablemente su implementación, justifique de por sí una alteración en la distribución de poderes en la toma de estas decisiones, que, por si fuera poco, ni siquiera cuenta con un respaldo legal claro y explícito. Antes bien, la trascendencia de los efectos que provocan, así como el hecho mismo de que su puesta en práctica pueda servir, cuanto menos, para demorar el recurso a aquellos remedios más extremos mencionados en el art. 365 LSC, justificarían que la junta general mantuviera la competencia allá donde la ostentaba antes del reconocimiento legal de estos expedientes, de tal modo que fuera la que pudiera elegir entre acogerse al precurso (lo que implicaría asimismo tener que decantarse por alguna de sus modalidades, atendiendo a su alcance sustantivo, a las consecuencias de su fracaso y al hecho de que la Ley prohíba su reproducción en un año, *ex art. 5-bis.6 LCo*) o inclinarse decididamente y desde un primer momento por el concurso de acreedores, la disolución o alguna medida de remoción de la insolvencia y de la causa de disolución por pérdidas⁴⁸.

2.2. Conclusión

2.2.1. La competencia decisoria para el recurso al art. 5-bis Ley Concursal

En razón a lo que acaba de exponerse, creo que la aplicación del art. 5-bis LCo debe recibir en nuestra legislación actual el mismo tratamiento que la petición de concurso bajo la interpretación que se mantuvo en el apartado II en torno al conflicto normativo suscitado entre los arts. 3 y 5 LCo y 363 y siguientes LSC. A saber: si la entrada en juego del art. 5-bis LCo ha de posponer lo dispuesto por los arts. 365 a 367 LSC y, en cualquier caso, provoca que el poder de decisión sobre la solución a la crisis económica de la sociedad se desplace hasta los acreedores o, por lo menos, se haga compartir con ellos, de tal suerte que los socios reunidos en junta general pierdan la iniciativa sobre la medida a adoptar en casos en que la Ley parece concedérsela, lógico será que la determinación de acogerse a un expediente concursal, por mucho que de por sí formalmente consista, solo, en comunicar un inicio de negociaciones a un Juzgado o en pedir la designación de un mediador concursal con vistas a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, a fin de que deriven los efectos legalmente establecidos, corresponda al órgano social a quien tocaría decidir pedir el concurso o disolver la sociedad (obviamente, la ejecución de esta determinación correrá de cuenta o se hará bajo el encargo del órgano de administración). Y, naturalmente, todo ello sin perjuicio de los acuerdos que, con posterioridad, deba adoptar la junta general en ejecución de lo convenido por los administradores con los acreedores.

Partiendo de esta idea, la determinación del órgano competente para tomar la decisión

de remitir la comunicación del inicio de negociaciones o la petición de nombramiento de mediador concursal al Juzgado o al Registro Mercantil o la Cámara Oficial de Comercio correspondiente, respectivamente, dependerá de que la insolvencia que afecta a la sociedad sea actual o inminente.

- Si se trata de una insolvencia actual, será competencia del órgano de administración. Como se argumentó en el apartado II, la insolvencia actual constituye el punto a partir del que el legislador español modifica el centro de gravedad en la determinación de los intereses en presencia prioritariamente atendibles (como ya he apuntado en el apartado I, está por ver lo que sucederá de aprobarse, en unos términos como los de la actual Propuesta, la Directiva sobre reestructuración temprana): ya solo cabe pensar en la mejor satisfacción posible del conjunto de los acreedores, por lo que la decisión sobre las medidas a tomar deja de estar en manos de la discrecionalidad de los socios para pasar a venir impuesta por la Ley. De ahí que se confíe en los administradores el cumplimiento de tal mandato legal de solicitar el concurso. Pues bien, precisamente por ello, la entrada en juego del art. 5-*bis* LCo, que momentáneamente va a enervar ese mandato y neutralizar toda solicitud de concurso que pudiera entablar cualquier acreedor social, será decidida por ese mismo órgano. De este modo se integraría la disyuntiva prevista en el art. 363.1 e) LSC, ante la omisión de referencia alguna a los expedientes preconcursales: vendrían a ocupar el mismo papel a estos efectos que la solicitud de concurso, dado que, cuando esta *procede*, también es posible acudir ahora a lo establecido por el art. 5-*bis* LCo. Bien entendido que, por no estarse en realidad ante una causa de disolución por pérdidas, a mi juicio no debiera jugar la responsabilidad del art. 367 LSC, se observara o no el mandato legal referido.

- Si la insolvencia es inminente, todavía no se habría llegado al extremo de tener que prescindir del interés de los socios para hacer prevalecer únicamente el de los acreedores. Primaría la libertad de empresa y serían aquellos, reunidos en junta general, los que debieran decidir el rumbo a tomar por la sociedad en cumplimiento de los arts. 363 y siguientes LSC. En este contexto, la posibilidad de acogerse al art. 5-*bis* LCo sería una de las opciones a barajar como respuesta ante el problema de la sociedad, junto a la petición de concurso, la disolución o la adopción de medidas de remoción de la insolvencia y del grave desequilibrio contable⁴⁹. Quiere decirse que, si concurren las condiciones objetivas para ello (que, como ya vimos, no son excesivamente exigentes, siguiendo lo establecido en los arts. 71-*bis*.1 y 231.2, 3 y 4 LCo), el órgano de administración deberá incluir como una alternativa más en el orden del día del punto relativo a la solución ante la crisis económica de la sociedad el recurso, asimismo alternativa o cumulativamente, según los casos, a un acuerdo de refinanciación *colectivo* o (y) a un acuerdo extrajudicial de pagos⁵⁰. De modo que se desatará la responsabilidad por las deudas sociales de los administradores si, transcurrido el plazo de dos meses desde el acaecimiento de la causa de disolución (*rectius*: desde su conocimiento por los administradores o desde que no pudieran ignorar su existencia), no convocan la junta general; o lo hacen, pero sin incluir en el punto correspondiente del orden del día, al menos, las alternativas de la solicitud de concurso, la disolución o los expedientes preconcursales que resulten aptos dadas las circunstancias⁵¹.

La conclusión que acaba de expresarse abre un amplio campo de batalla para el enfrentamiento entre socios y administradores (con probabilidad, apoyados por la masa

social que ostenta la mayoría del control) acerca del adecuado cumplimiento del reparto competencial corporativo interno aplicable. Destaca, sobre todas las vías de defensa de los socios minoritarios ante lo que pudieran considerar una sustracción de las atribuciones de la junta general, la eventual impugnación de la eficacia de la decisión tomada por el órgano de administración en solitario (vgr., por la vía del art. 251 LSC, en caso de tratarse de un órgano colegiado), que podría venir acompañada de la petición cautelar de suspensión de la ejecución de la medida. Tal modo de proceder suscitaría todo un cúmulo de interrogantes de orden sustantivo y, sobre todo, procesal, que no es el momento de tratar con detalle, pero que considero de interés enunciar al menos ahora:

- Habría que determinar con precisión los efectos que tal suspensión (que podría haberse planteado ante un Juzgado de lo Mercantil distinto al que ha recibido la comunicación del art. 5-*bis* LCo), tendría sobre el juego de la paralización de las ejecuciones y del cómputo de los plazos, trimestral de aletargamiento de la solicitud de concurso y bimestral para convocar la junta general (puede incluso que la comunicación del Registrador Mercantil o de la Cámara Oficial de Comercio, *ex art.* 232.3 LCo, aún no hubiere llegado al Juzgado al instante de pedirse la suspensión en la ejecución de la medida).

- Sería conveniente analizar asimismo las consecuencias de que, simultáneamente a tal actuación ante los Tribunales, se instara del órgano de administración la convocatoria de una junta general para debatir sobre las medidas a adoptar (conforme al art. 365.2 LSC), así como las vías de actuación del peticionario ante la pasividad de los administradores (no se prevé expresamente una convocatoria del Registrador Mercantil o del Letrado de la Administración de Justicia al respecto, aunque se trate de una convocatoria obligada, en este caso por Ley, como las del art. 169.1 LSC; y la respuesta consistente en la petición de disolución judicial, *ex art.* 366.1 LSC, tal vez resulte demasiado extrema⁵²).

- Por último, hay otra cuestión que probablemente despertaría la inquietud del jurista de inmediato, a la vista del deber de reunir a los socios en junta general. Me refiero a la posible admisión de un escrito del órgano de administración comunicando el inicio de negociaciones o solicitando el nombramiento de un mediador concursal que viniera acompañado del documento que acreditara que ya se ha convocado la junta general para que ratificara la decisión de optar por esta vía de solución de la crisis patrimonial, al modo como preveía el art. 2.5 Ley de 26 de julio de 1992, de Suspensión de Pagos -LEG 1922, 70- ya derogado). Creo que no debería haber problemas en admitirlo, si bien los plazos legales continuarían corriendo mientras tanto (en particular, el de tres meses para verse ante la obligación de pedir el concurso durante el mes siguiente hábil si la insolvencia ha pasado a ser actual, *ex art.* 5-*bis*.5 LCo). Si no se obtiene finalmente la autorización dentro de ese plazo trimestral, el escrito de comunicación o de petición de nombramiento debería considerarse como no interpuesto. Y, si ni siquiera se había reunido la junta o se había adoptado alguna medida alternativa ante las pérdidas legalmente cualificadas y la insolvencia inminente, jugaría lo dispuesto en los arts. 366 y 367 LSC, a contar desde que se conociera o hubiera podido apreciar el acaecimiento de la causa de disolución.

Desde luego, no puede negarse que la propuesta que expongo para los supuestos de

insolvencia inminente compromete de manera sensible la agilidad y el sigilo que se reclaman a menudo de este tipo de actuaciones societarias ante coyunturas de crisis financieras. Mas tampoco parece que estas cualidades deban prevalecer sobre la configuración legal del cuadro de distribución competencial dentro de una sociedad, en función de las características y las consecuencias de las decisiones a tomar; una configuración que en ese contexto se halla trazada por lo dispuesto en los arts. 365 a 367 LSC. Quiero recalcar que lo verdaderamente trascendente en este punto no consiste en dilucidar si se entablan o no negociaciones conducentes a cerrar un acuerdo en el marco de un expediente preconcursal; la clave estriba en que quien determina poner en marcha el mecanismo del art. 5-*bis* LCo está, en realidad, eligiendo el tipo de acuerdo preconcursal al que pretende llegar y, sobre todo, simultáneamente, aparmando, cuanto menos durante unos meses, las decisiones a que se refieren aquellos artículos de la legislación societaria, con la trascendencia que ello entraña.

A mayor abundamiento, habría que relativizar la importancia atribuida a la agilidad o al sigilo de las negociaciones o, al menos, cuestionar el hecho de que la necesidad de reunir a los socios en junta general supusiera forzosamente renunciar a alcanzarlos. Por lo que se refiere a una presumible ralentización en la toma de decisiones, bien podría amortiguarse si el órgano de administración anticipara a la consulta a los socios algunos contactos con los acreedores de mayor relevancia a fin de conocer su predisposición al acuerdo; o incluso si lograra cerrar con ellos un inicial *standstill agreement*, a fin de asegurar en la medida de lo posible la intangibilidad del patrimonio social mientras se recaba el respaldo de la junta general. A la postre, la capacidad de respuesta de los administradores y su diligencia a la hora de diagnosticar eventuales dificultades y adelantarse a acontecimientos serán los factores verdaderamente decisivos. Además, no siempre la celebración de una junta implica una demora y entorpecimiento del proceso. En buena parte de las sociedades de pequeñas y medianas dimensiones (la mayoría de las que operan en España) el tener que reunir una asamblea de socios no obstruye la toma de decisiones de enjundia más de lo que, sin ir más lejos, puede hacerlo un consejo de administración de una gran sociedad; fundamentalmente porque las juntas generales universales (anunciadas *de un modo informal*) constituyen un cauce de reunión de empleo muy frecuente.

En cuanto a la discreción que debiera mantenerse en todo el proceso a fin de evitar que cunda la alarma entre los diferentes interesados en la buena marcha de la sociedad, creo que sería preciso matizar su relevancia. Para empezar, no parece que en una gran sociedad tal discreción sea del todo posible, por más que se evitara la celebración de una junta general; e incluso habría que poner en duda que resultara sin excepciones deseable. Al margen de la incidencia que en una sociedad cotizada podría tener en cualquier caso la satisfacción de la normativa de los mercados de valores sobre el uso de información *sensible* y sobre el deber de difusión entre los inversores de los *hechos relevantes* [normativa que, en el caso del inicio de negociaciones encaminadas a cerrar un acuerdo colectivo de refinanciación, parece ser bastante benevolente, en la línea del art. 5-bis.3.2 LCo, y a juzgar por lo dispuesto por los arts. 228 Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante RDLeg 4/2015, de 23 de octubre (RCL 2015, 1659) y 7 RD 1333/2005, de 11 de noviembre (RCL 2005, 2286)], no puede ignorarse que en una entidad de tanta envergadura no parece tan sencillo mantener en la opacidad una situación financiera complicada, por más que pertenezca a su más estricto ámbito

interno de gestión. Extraño sería que no se hubiera revelado ya (o por lo menos atisbado) al menos entre sus principales proveedores y financiadores; ante lo que la ocultación de la realidad no siempre será la táctica más eficiente para el saneamiento de la entidad ni, por supuesto, atendiendo a las responsabilidades en juego, la más recomendable para los administradores. Al contrario, en muchas ocasiones la publicidad del inicio del proceso puede servir para tranquilizar los ánimos y ofrecer una imagen de dedicación y esfuerzo de los gestores por poner remedio a la situación, sin que ello tenga por qué suponer hurtar de la última palabra sobre la estrategia a seguir a los socios, que, en definitiva, han sido los primeros inversores en la sociedad. Al mismo tiempo que puede servir de llamamiento a acreedores con menor pasivo a fin de que comprueben que los de mayor importancia son proclives a alcanzar un acuerdo, y animarles así a sumarse a la iniciativa.

En lo que atañe a las sociedades de más reducidas dimensiones, el problema de la discreción debe enfocarse desde una perspectiva bien distinta. Por lo pronto, es de suponer que el círculo de posibles interesados cuya actitud alarmista ante una eventual revelación inopinada de las dificultades económicas pudiera suponer un empeoramiento de la situación social es bastante reducido, partiendo de la base de que no se puede ocultar desde un primer momento a los acreedores de mayor peso la coyuntura por la que se atraviesa, pues no hay más remedio que contar con ellos para cerrar cualquier acuerdo y evitar el concurso. Por otra parte, no es cierto que la celebración de una junta general tenga por qué descartar por completo que el proceso pueda llevarse a buen término con sigilo, si así se desea mantener. Aparte de la relevancia, ya destacada, que en esta fenomenología societaria suele tener la celebración de juntas generales sin una *convocatoria formal* previa, no hay que ignorar que no siempre tal convocatoria, cuando es *formal*, implica una manifestación pública y notoria de los pasos que pretende emprender la sociedad. Puede mantenerse la reserva entre los socios, convocados mediante la *página web corporativa* (que en modo alguno tiene que estar accesible a cualquiera) o, como sucede con muchísima más asiduidad, mediante comunicaciones individuales y en *soporte duradero* a cada uno de ellos, que se erige en un cauce habitual de llamamiento previsto estatutariamente, aprovechando el margen de autorregulación conferido en esta materia por el art. 173.2 LSC. Con todo, la publicidad de la puesta en marcha del expediente preconcursal puede venir provocada, más que por la necesidad de reunir la junta y, si acaso, convocarla previamente mediante anuncios en el BORME o en diarios de comunicación, por las exigencias mismas de su específica normativa reguladora (que ordena su publicación en un portal de acceso libre y generalizado, ineludible en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos; cfr. el art. 233.3 LCo, frente a la reserva que puede rogarse en virtud del art. 5-*bis*.3.2 LCo).

2.2.2. La perfección de un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos y su incidencia sobre la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital

El logro del acuerdo pretendido con la apertura del expediente preconcursal tiene una eficacia liberatoria de la preceptiva suspensión del deber de pedir el concurso dictada con la comunicación al Juzgado del inicio de negociaciones o del nombramiento y aceptación de un mediador concursal, según los casos. El art. 5-*bis*.5 LCo ordena la presentación de la solicitud de concurso (dentro del mes hábil siguiente) «*a menos que*

no se encontrara en estado de insolvencia». No está claro el alcance de esta alusión a la incapacidad de pago; pero el hecho de que el deber del deudor (y la posibilidad de un concurso necesario) solo exista, en realidad, con la insolvencia actual, invita a pensar en que sea esta la referida en el mencionado artículo⁵³.

Así pues, con la insolvencia actual renacería el deber de pedir el concurso y, con ello, quedaría completamente descartada cualquier otra medida de salida de la crisis, por más que hubiera un déficit patrimonial legalmente cualificado, pues la causa de disolución se hallaría eliminada en virtud de la disyuntiva establecida en el art. 363.1 e) LSC. Repárese en que esta consecuencia se impone pese a que ha habido un acuerdo con los acreedores, puesto que, aunque el objetivo primordial del expediente preconcursal consista precisamente en eliminar dicha incapacidad de pago para evitar el concurso, ni nada impide que se plantee una negociación con los acreedores bajo el paraguas del art. 5-*bis* LCo con otra finalidad, como la de programar una entrada en concurso en mejores condiciones para la masa activa o para asegurar la continuidad de la actividad empresarial, tal cual ya se ha comentado (buena prueba de ello es que idénticos efectos provoca la búsqueda de adhesiones para la presentación de una propuesta anticipada de convenio), ni tampoco puede asegurarse en todo caso que tal finalidad se vea satisfecha aun cuando se cierre el acuerdo, porque pueden haberse producido contingencias imprevisibles que la malogren o, simplemente, porque no se haya alcanzado un consenso suficiente entre los acreedores como para que las medidas adoptadas permitan salir de la situación financiera delicada que se atraviesa o como para poder conseguir el arrastre de los disidentes perseguido mediante la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación.

Ahora bien, si el acuerdo deja a la sociedad deudora en situación de pérdidas cualificadas legalmente junto con una insolvencia inminente, se reactiva la causa de disolución legal del art. 363.1 e) LSC, tras el período de letargo a que se habría visto sometida conforme a la lectura integradora de lo dispuesto en este artículo (y conciliadora con el art. 5-*bis* LCo) que defiendo. El propósito perseguido con la negociación con los acreedores no estaría completamente satisfecho, pues la amenaza a las garantías de cobro de los acreedores (futuros y, sobre todo, actuales) continuaría acechando, aunque no existiera propiamente deber de solicitar el concurso. De ahí que la solución al problema deba volver a manos de los socios reunidos en junta general, conforme pretende el art. 365 LSC (con las consecuencias que entraña su incumplimiento, *ex arts.* 366 y 367 LSC). Serán estos los que determinen si situar a la sociedad en concurso, con los efectos beneficiosos que tendría para quienes hubieran participado como refinanciadores en el acuerdo preconcursal⁵⁴, o si disolver la sociedad o acudir a alguna medida de remoción de la insolvencia y del desequilibrio contable. Una decisión (en especial la disolución o algunas de las medidas de remoción) que puede comprometer el cumplimiento de los compromisos asumidos precisamente mediante esos acuerdos preconcursales, con las consecuencias que ello pudiera deparar en cuanto a la ineficacia sobrevenida de los mismos. A este respecto, el plazo de dos meses otorgado a los administradores sociales para efectuar la convocatoria de la junta general (so pena de la responsabilidad del art. 367 LSC) debiera adaptarse al estado de cosas generado por la entrada en juego de un expediente preconcursal: deberá tener como *dies a quo* el momento en que estos pudieran o debieran apreciar la persistencia de la situación de insolvencia inminente y de pérdidas legalmente cualificadas pese a haberse

alcanzado el acuerdo preconcursal⁵⁵.

La lógica del sistema pergeñado conduce a concluir que, si mediante el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos se descarta la amenaza de incapacidad de pago a los acreedores, la sociedad queda dispensada de aplicar ninguna otra medida preventiva o de saneamiento, ni siquiera aunque mantuviera una desproporción legalmente relevante entre la cifra del capital y su patrimonio neto. El problema más acuciante, desde la perspectiva de la protección de los intereses de los acreedores, habría quedado por el momento resuelto, por lo que, salvo que, en fase de ejecución de los acuerdos alcanzados, se incurriera en un incumplimiento de los compromisos contraídos o se cayera, *ex novo*, en causa legal de disolución, no procedería aplicar los mecanismos de alerta de los arts. 363 y siguientes LSC. Se trataría, al cabo, de aplicar el mismo argumento que cuando la sociedad opta por entrar en concurso como salida ante el supuesto de la concurrencia de insolvencia inminente y pérdidas cualificadas legalmente⁵⁶.

2.2.3. La frustración del acuerdo pretendido o alcanzado en el marco de un expediente preconcursal y su incidencia sobre la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital

Ni que decir tiene que el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extra-judicial de pagos desempeñan un papel *funcionalmente equiparable* a estos efectos a la solicitud de concurso en la medida en que se alcancen y lleguen a buen fin. Si estas premisas fallan, la situación vuelve a su punto de partida: el efecto anestésico que tuvo el art. 5-*bis* LCo se diluye y, caso de concurrir insolvencia y pérdidas legalmente relevantes, cobra de nuevo vida la aplicación de los arts. 363 y siguientes LSC.

En consecuencia, si la insolvencia es actual, *procederá* pedir el concurso (que será *consecutivo* en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos⁵⁷), en este caso durante el mes hábil adicional concedido por el art. 5-*bis*.5 LCo. Si es inminente, será la junta la que decida la medida a seguir, conminán-dose para ello a los administradores a su convocatoria en un plazo de dos meses, cuyo *dies a quo* se contaría desde que los administradores conocieran o no pudieran ignorar la frustración del acuerdo, esto es, la ruptura definitiva de las negociaciones o el incumplimiento de lo convenido. Bien es cierto que, cuando se trate de la frustración de un acuerdo extrajudicial de pagos, el margen de actuación de la sociedad deudora se verá severamente constreñido por el deber impuesto al mediador concursal de solicitar el concurso de inmediato (o por la automática «*sustanciación*» del concurso a raíz de la sentencia que declare la anulación del acuerdo, *ex art.* 239.6 LCo).

Especial atención merece la fijación de la fecha de inicio de ese cómputo de los dos meses para la convocatoria de la junta general en los casos de fracaso del acuerdo de refinanciación homologado debido al incumplimiento del deudor. Y ello porque la Ley establece que tal incumplimiento ha de ser declarado por el Juez que lo hubiese homologado, con lo que la fecha de firmeza de tal declaración será la que deba tenerse presente a efectos de considerar definitivamente venida a menos su virtualidad en relación con la solución a la situación de crisis económica de la sociedad⁵⁸. En cambio, cuando se trate de un acuerdo de refinanciación no homologado o de un acuerdo

extrajudicial de pagos no parece resultar indispensable una declaración *ad hoc* de incumplimiento por parte de la autoridad judicial o del mediador concursal, respectivamente. Por ello, y dada la previsible presencia de una pluralidad de partes, probablemente baste con la manifestación en tal sentido de uno de los acreedores suscribientes, debidamente notificada a la sociedad deudora, para que sus administradores no puedan ignorar el previsible decaimiento de los efectos del acuerdo y su deber de poner en marcha el mecanismo establecido en el art. 365 LSC.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER, G., «El ámbito de responsabilidad de los administradores en los nuevos artículos 262.5 de la Ley de Sociedad Anónima y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 26, 2006, págs. 85-93
- BATALLER, J., «Artículo 363», en Rojo y Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo II, 2011(Thomson-Reuters), págs. 2547-2559
- BATALLER, J. «Artículo 367», en Rojo y Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo II, 2011 (Thomson-Reuters), págs. 2572-2578
- BELTRÁN, E., «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales» en Beltrán, Rojo y Campuzano (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.ª ed. (revisada y actualizada por Sánchez Paredes, M.L.), 2016 (Tirant Lo Blanch), págs. 289-342
- CAMPUZANO, A.B.-CAMPUZANO SÁNCHEZ PAREDES. M.L., *Prevención y gestión de la insolvencia*, 2016 (UOC)
- GALLEGO, E., «Disolución y liquidación», en Beltrán y García-Cruces (dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo I, 2012 (Thomson-Reuters), págs. 1185-1198.
- GALLEGO, E., «Responsabilidad de los administradores», en Beltrán y García-Cruces (dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo I, 2012 (Thomson-Reuters), págs. 2643-2658
- GARRIDO, J.M., «Capital social y reglas de solvencia», en García de Enterría (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, 2014 (Civitas Thomson-Reuters), págs. 519-550
- GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I-3, 1949 (Revista de Derecho Mercantil)
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, 1976
- JUSTE MENCÍA, J., «Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 21, 2014, págs. 17-26
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Deberes de promoción de la disolución y el convenio

- concurzal. (Comentario de la STS [1.^a] de 15 de octubre de 2013)», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 292, 2014, págs. 619-628
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La junta general de la sociedad concursada*, 2012 (Thomson-Reuters Civitas)
 - MEGÍAS LÓPEZ, J., «Competencia orgánica y crisis económica de sociedades de capital: disolución, concurso y concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 22, 2015, págs. 443-456
 - MEGÍAS LÓPEZ, J., «Disolución y concurso de sociedades de capital: deberes, competencia y legitimación de los órganos sociales», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º extraordinario de 2016, págs. 123-156
 - MORENO SERRANO, E., *Los administradores de una sociedad de capital ante una situación de insolvencia*, 2015 (La Ley)
 - PRENDES, P., «La responsabilidad civil de los administradores de sociedades capitalistas. Armonización con el sistema de responsabilidad concursal», en Prendes y Muñoz Paredes (dirs.), *Tratado judicial de la insolvencia*, tomo I, 2012 (Thomson-Reuters Aranzadi), págs. 343-492
 - PULGAR, J., «El presupuesto objetivo del concurso de acreedores», en Pulgar (dir.), *El concurso de acreedores*, 2012 (La Ley), págs. 147-192
 - PULGAR, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, 2016 (La Ley)
 - PULGAR, J., «La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana: Unión de los mercados de capitales, Unión bancaria y Derecho de la insolvencia (1)», *La Ley Unión Europea*, n.º 54, 2017, disponible en La-Leydigital360, LA LEY 18845/2017
 - RECAMÁN, E., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en crisis*, monografía n.º 45 de la Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, 2016 (Thomson-Reuters Aranzadi), disponible en Thomson-Reuters Proview
 - RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., «Derecho Concursal», en Jiménez Sánchez y Díaz Moreno (coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 20.^a ed., 2017 (Tecnos), págs. 755-902
 - ROJO, A., «Artículo 3», en Rojo y Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, 2004 (Thomson-Civitas), págs. 194-224
 - ROJO, A., «La propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 42, 2017, págs. 99-111
 - SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Apuntes sobre las obligaciones *preconcursoales* de los administradores», en García de Enterría (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, 2014 (Civitas Thomson-Reuters), págs. 969-993
 - SANJUÁN, E., «Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de deudas», en Campuzano, A.B. y Sanjuán, E., *El derecho de la insolvencia. El concurso de*

acreedores, 2016 (Tirant lo Blanch)

- SEQUEIRA, A., «Artículo 262», en Arroyo, Embid y Górriz (coords.), *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, volumen III, 2.ª ed., 2009 (Tecnos), págs. 2506-2527
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., Y BELTRÁN, E., «Artículo 260», en Disolución y liquidación de la sociedad anónima, en Uría, Menéndez y Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XI, 1992 (Civitas), págs. 19-51
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., Y BELTRÁN, E., «Artículo 104», en Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, en Uría, Menéndez y Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, vol. 4.º, 1998 (Civitas), págs. 17-50
- VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Disolución por pérdidas o solicitud de concurso voluntario: la alternativa legal en las sociedades de capital españolas», *Revista de Derecho (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centro-americana de Nicaragua)*, n.º 21, 2016, págs. 75-103, disponible también en LAMJOL. Portal de Revistas de Nicaragua: <http://revistasnicaragua.net.ni/index.php/revderecho>
- ZABALETA, M., «La propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración preventiva: hacia un derecho comunitario de la preinsolvencia», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 27, 2017, disponible en LaLeydigital360, LA LEY 6747/2017.

1. El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+D «Análisis, desarrollo y perspectivas de las instituciones societarias y concursales idóneas para el tratamiento y solución de las crisis empresariales» (DER2017-84775-C2-1-P), financiado por el Ministerio de Economía del Gobierno de España.

2. Adviértase que hay causa legal de disolución sin que tenga por qué haberse llegado al extremo de una *insuficiencia patrimonial*, esto es, que el activo social no sea bastante para cubrir el conjunto de sus deudas. De ahí que se emplee la expresión «*déficit patrimonial*» o «*déficit contable*» al objeto de significar simplemente que existe un desfase entre el montante a que asciende el patrimonio neto de la sociedad, según se desprende de sus libros contables, y la cifra de capital social. Un desequilibrio, manifestación de las pérdidas («*patrimoniales*», si se quiere) que viene acumulando la entidad, que alcanza la categoría de *legalmente relevante*, a estos efectos, cuando, como se apunta en el texto, deja al descubierto al menos la mitad de esa cifra meramente *contable* o *ideal* que representa el capital.

3. Y este dato debiera ser motivo de reproche, pues precisamente la Ley Concursal modificó las Leyes reguladoras de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en este aspecto (arts. 262 Ley de Sociedades Anónimas -LSA-, cuyo Texto Refundido se aprueba mediante RDLeg 1564/1989, de 22 de diciembre -RCL 1989, 2737-, y 105 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -LSRL-, aprobada mediante Ley 2/1995, de 23 de marzo -RCL 1995, 953-), es de suponer, para adecuarlas al contenido de su articulado y, en particular, de sus arts. 3 y 5. Sin embargo, a la vista del resultado (del tenor de tales artículos), da la impresión de que dicho objetivo quedó frustrado, pues ni existía la pretendida adecuación ni siquiera se lograba la uniformidad entre los regímenes de los dos tipos societarios, en un extremo en el que no parece que la distinta configuración tipológica de ambos justificara una divergencia de disciplina. En relación con el tortuoso camino prelegislativo que condujo hasta la modificación de la LSA y la LSRL introducida por la LCo, véase, por todos, BELTRÁN, E., «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales» en Beltrán, Rojo y Campuzano (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.ª ed. (revisada y actualizada por Sánchez Paredes, M.L.), 2016 (Tirant Lo Blanch), págs. 291-295.

4. Sobre la evolución de la disciplina de los tipos sociales capitalistas en este punto, hasta la redacción actual de la Ley de Sociedades de Capital, véase, por todos, la exposición efectuada en VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Disolución por pérdidas o solicitud de concurso voluntario: la alternativa legal en las sociedades de capital españolas», *Revista*

de Derecho (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana de Nicaragua), n.º 21, 2016, disponible también en LAMJOL. Portal de Revistas de Nicaragua: <http://revistasnicaragua.net.ni/index.php/revderecho>, págs. 83-86.

5. Y, desde luego, en nada contribuyen a este fenómeno las «facilidades» que viene brindando el legislador para constituir sociedades, aun sin una base patrimonial mínimamente sólida y, por lo tanto, con escasas posibilidades de edificar en torno a ella una empresa capaz de generar riqueza y puestos de trabajo. Sirva como ejemplo la creación de la figura de la *sociedad limitada de formación sucesiva* (art. 4-bis LSC) en virtud de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre (RCL 2013, 1422).

6. Así, bajo estos infinitivos se amparan modificaciones como las consistentes en fijar la pluralidad de acreedores como presupuesto subjetivo (activo) del concurso (art. 2.2 PTRLCo); definir el concepto de *déficit* a efectos de la imposición de la condena a su cobertura en la sentencia de calificación de culpabilidad (art. 455.2 PTRLCo); o permitir que las capitalizaciones de deuda planteables como medidas de reestructuración (no así la conversión en otros tipos de pasivos) afecten o vayan a parar no solo a las sociedades concursadas, sino a otras sociedades (arts. 327, 622.2.º, 625.1.2.º y 662.1.3.º PTRLCo).

7. COM/2016/0723 final, de 22 de noviembre de 2016. Un comentario a la Propuesta, por lo que atañe a las medidas de reestructuración previstas y su posible incidencia sobre el Derecho español actual, puede verse, por todos, en ZABALETA, M., «La propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración preventiva: hacia un derecho comunitario de la preinsolvencia», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 27, 2017, disponible en LaLeydigital360, LA LEY 6747/2017; PULGAR, J., «La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana: Unión de los mercados de capitales, Unión bancaria y Derecho de la insolvencia (1)», *La Ley Unión Europea*, n.º 54, 2017, disponible en LaLeydigital360, LA LEY 18845/2017; ROJO, A., «La propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 42, 2017, págs. 99-111.

8. Recuérdese que, en realidad, en lo que concierne a la protección de la cifra de capital social como garantía de los acreedores, las normas comunitarias de preceptiva transposición por las legislaciones de los Estados miembros solo vienen referidas a lo que en España son las sociedades anónimas, no las de responsabilidad limitada; aunque el legislador español, por decisión propia, las ha extendido igualmente a estas y a las comanditarias por acciones. De ahí que, aunque ni mucho menos nos pareciera la decisión más acertada, pudiera darse el caso de que la incorporación de esta Directiva, por lo que hace a los trascendentes cambios que puede llegar a provocar en la legislación societaria, no alcanzara más que a aquel tipo social.

9. Es cierto que la Ley, textualmente, no llega a exigirlo, pero, consideraciones sociológicas aparte, toda la regulación (cfr. sin ir más lejos, el art. 5-*bis* LCo) parece partir implícitamente de la idea de que el precurso tiene su campo de actuación normal y genuino como alternativa a una petición de concurso. De hecho, este dato suele emplearse como argumento nuclear para justificar algunos de los efectos excepcionales (*de masa*) que acarrea el inicio de la negociación o el logro en sí de estos acuerdos precursores [véase, entre otros, PULGAR, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial*, 2016 (La Ley), págs. 292-297; RECAMÁN, E., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en crisis, monografía n.º 45 de la Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, 2016 (Thomson-Reuters Aranzadi), Parte 1.ª, Capítulo 1.º, D).2]. Precisamente en esta línea de argumentación la PTRLCo requiere ya explícitamente la insolvencia para poderse acoger a un acuerdo de refinanciación «singular» (art. 603) u homologado (art. 604) y a un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 630); no así, sorprendentemente, para un acuerdo de refinanciación «colectivo» no homologado (art. 596). Hay que reseñar que con los términos «colectivo» y «singular» nos referimos, respectivamente, a los acuerdos regulados actualmente en el art. 71-*bis*.1 y en el art. 71-*bis*.2, siguiendo al efecto la denominación utilizada por la PTRLCo (cfr. art. 595), que ya ha venido siendo empleada por parte de nuestra doctrina [entre otros, CAMPUZANO, A.B.-SÁNCHEZ PAREDES. M.L., *Prevención y gestión de la insolvencia*, 2016 (UOC), pg. 203; PULGAR, J., *Preconcurso y reestructuración*, págs., 550-551]. Bien es cierto que ni los primeros tienen por qué concertarse con una pluralidad de acreedores ni estos últimos tienen por qué ser acuerdos individualizados con alguno en particular, dado que el elemento distintivo entre estas dos categorías (efectos al margen) se hallaría, especialmente, en la exigencia de la participación en ellos de una mayoría de pasivo reforzada (60% al menos, a la fecha del acuerdo, en el caso de los «colectivos») o no.

10. Desde luego, semánticamente, en nuestro idioma, parece que la *probabilidad* supone una amenaza mayor de acaecimiento del suceso de que se trate (en este caso, de la insolvencia) que el simple *riesgo*. Sin embargo, en la Propuesta de Directiva parecen emplearse indistintamente (incluso en su versión en inglés se emplea en todo caso idéntica expresión: «*likelihood of insolvency*»).

11. O, como con mayor claridad dice el Considerando 16 («[C]uando antes pueda el deudor detectar sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más

ordenado y eficiente el procedimiento de liquidación»); o el Considerando 17 («[E]l marco de reestructuración debe estar a disposición de los deudores para que puedan hacer frente a sus dificultades financieras en una fase temprana, cuando resulta posible prevenir su insolvencia y garantizar la continuación de las actividades empresariales. El marco de reestructuración debe estar disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la legislación nacional, es decir, antes de que el deudor cumpla las condiciones para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implica normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un síndico»).

12. El art. 7 de la Propuesta de Directiva permite excepcionalmente proseguir con la suspensión temporal de las ejecuciones individuales contra el patrimonio del deudor impuesta mientras se desarrollan negociaciones de un plan de reestructuración (art. 6) incluso aunque «*la obligación del deudor de tramitar el procedimiento de insolvencia en virtud del derecho nacional*» tenga lugar «*durante el período de suspensión*». Lo que parece ser un signo inequívoco de que se está previendo que sobrevenga la insolvencia actual en ese ínterin; esto es: que tal estado de insolvencia no concurriera al acogerse a la referida suspensión de las ejecuciones.

13. Cfr. el Considerando 16, parcialmente reproducido en la Nota 11. Repárese en que nuestro Derecho concursal no anuda directamente el desapoderamiento total o parcial del deudor (esto es, la amplitud de las medidas de limitación de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor) al hecho de que el concurso se haya abierto por insolvencia actual o inminente, sino al dato (art. 40.1 y 2 LCo) de que la iniciativa para la declaración judicial de concurso haya partido del propio deudor (concurso voluntario) o de terceros (señaladamente, de acreedores; concurso necesario). Pero sí que prevé la medida más contundente cuando se trata del concurso necesario, que solo puede instarse en casos de insolvencia actual. Con todo, la posibilidad de que el juez, atendiendo a las circunstancias, pueda alterar esta correlación (art. 40.3 LCo), deja abierta la puerta a un desapoderamiento total cuando el concurso se haya pedido por insolvencia inminente (aunque no se trate, eso sí, de la reacción que «*normalmente*» se desencadene).

14. Para una justificación de este giro copernicano y una descripción enunciativa de las líneas de actuación a acometer por los administradores en esta tesitura véase, por todos, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Apuntes sobre las obligaciones *preconcursoales* de los administradores», en García de Enterría (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, 2014 (Civitas Thomson-Reuters), págs. 982-984.

15. Téngase en cuenta que el texto proyectado (y su misma denominación ya lo anticipa) autoriza (art. 32) a los Estados miembros a establecer excepciones a determinadas soluciones que se imponen en las legislaciones societarias nacionales en aras de la protección de la cifra del capital social provenientes de la originaria 2.^a Directiva en materia de sociedades (Directiva 1977/91/CEE, de 13 de diciembre -LCEur 1977, 15; refundida en la Directiva 2012/30/UE, de 25 de octubre -LCEur 2012, 1799-, derogada hoy por la Directiva 2017/1132, de 14 de junio -LCEur 2017, 1035-), entre las que destaca muy especialmente, por lo que nos ahora nos ocupa, la contenida en el art. 19.1 (ahora, art. 58), relativa a la preceptiva reunión de la junta general cuando haya una «*pérdida grave del capital suscrito*», «*con el fin de examinar si procede la disolución de la sociedad o adoptar cualquier otra medida*». Quiere decirse con ello que, posiblemente, habría que abordar, al menos, una modificación del juego de la causa legal de disolución por pérdidas, en cuanto disciplina que potencialmente pudiera permitir a los socios obstaculizar una medida de saneamiento conveniente para intereses que vendrían a sobreponerse a los suyos [cfr., Considerando 29; tal vez incluso, una derogación de la norma que establece esa causa, debido a su contraposición con esa política de salvamento y continuidad de las unidades empresariales en crisis, pero viables, como sostiene Garrido, J.M., «Capital social y reglas de solvencia», en García de Enterría (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, 2014 (Civitas Thomson-Reuters), pg. 548, nota 65]. Un cambio que, a la postre, postergaría al capital como instrumento de protección de los acreedores al menos en este punto, en cuanto esta función pasaría a ser desempeñada por unos mecanismos de alerta temprana de crisis vinculados más bien a la realización de una serie de tests de solvencia (en términos de capacidad de pago a corto plazo), antes que de suficiencia patrimonial. En definitiva, la Unión Europea estaría sumándose en esta materia a todo un movimiento de reforma de la disciplina societaria sobre la que ya se viene trabajando en el seno de otras instituciones supranacionales. Cfr., a este respecto, las labores que viene desarrollando sobre las «*[R]esponsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en casos de insolvencia y de preinsolvencia*» el Grupo de Trabajo V de UNCITRAL, desde su 39.º período de sesiones (celebrado en Viena, del 6 al 10 de diciembre de 2010), centradas luego, desde su 41.º período de sesiones (celebrado en Nueva York, entre el 30 de abril y el 4 de mayo de 2012), en las «*[O]bligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia*», y que culminaron con la aprobación, con fecha 18 de julio de 2013, de la *Cuarta Parte* de la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia (disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part4-ebook-S.pdf>)

16. Sobre la naturaleza del art. 367 LSC véase, ampliamente, por todos, BELTRÁN, E., *Responsabilidad de*

administradores, págs. 319-329, donde se lleva a cabo un escrupuloso análisis de la evolución del Tribunal Supremo al respecto, y de las razones por las que en sus últimos pronunciamientos (cuyo principal exponente sería la STS de 10 de julio de 2014 –RJ 2014, 4526–) ha procurado huir de la idea de que se trate de una responsabilidad sancionatoria, estrechamente relacionadas con el alcance de la regla de la retroactividad en el ámbito penal.

17. Sobre el fundamento principal a que obedece la fijación legal de una causa de disolución por pérdidas véase, por todos, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y BELTRÁN, E., «Artículo 260», en *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*, en Uría, Menéndez y Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XI, 1992 (Civitas), págs. 40-41; URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y BELTRÁN, E., «Artículo 104», en *Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada*, en Uría, Menéndez y Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, vol. 4.º, 1998 (Civitas), págs. 37-38; y, más recientemente, Beltrán, E., *Responsabilidad de administradores*, págs. 297-299. Este autor destaca la «función preconcursal» que desempeña tal causa de disolución. En línea con esta expresión, hay resoluciones del Tribunal Supremo que califican la disciplina sobre la disolución por pérdidas, rematada con la responsabilidad del art. 367 LSC, como una «institución preconcursal» (cfr. SSTS 18 de junio de 2012 –RJ 2012, 8990– y 11 de enero de 2013 –RJ 2013, 1815–).

18. En consonancia con lo comentado en la Nota 15, es precisamente el convencimiento de que el valor del patrimonio no garantiza adecuadamente las expectativas de cobro de los acreedores sociales, que en definitiva se hallan fundamentalmente a expensas de la capacidad financiera relativamente inmediata del deudor, y no de la solidez de su estructura patrimonial, y que, en consecuencia, las reacciones que pudieran adoptarse ante una brusca bajada de la ratio patrimonio-capital social suelen ser muy tardías o en ocasiones contraproducentes. Ineficientes o hasta innecesarias, lo que está llevando al legislador comunitario a plantearse un cambio de paradigma en la protección de aquellos, basado en la fijación de una serie de tests que permitan prevenir con suficiente antelación los problemas de solvencia y adoptar las medidas oportunas para alterar la tendencia desfavorable de la sociedad. Una adopción que no se puede confiar a la voluntad de los socios, puesto que no siempre sus intereses coinciden con el designio de asegurar en la mayor medida posible el pago de los créditos, que en ocasiones puede recomendar salvar la actividad empresarial dadas sus favorables expectativas de viabilidad. Por esta razón, dejar en esa tesitura en manos de los socios la posibilidad de decidir lo que convenga a su exclusivo interés (lo que puede suponer, entre otras medidas, el «cierre» de la actividad y el inicio de un proceso de liquidación) puede resultar inconveniente.

19. Es más, incluso en la medida a la que se acude más a menudo ante esta situación, en la *operación acordeón* (la mayoría de las veces forzada por una reducción por pérdidas a cero o por debajo de la cifra mínima legal de capital), la ausencia de una regla que imponga el desembolso del nuevo capital con aportaciones dinerarias o, cuando sean no dinerarias, que gocen de la más elevada liquidez o que se lleve a cabo mediante compensación de deudas ya vencidas o (en el caso de las sociedades anónimas) de vencimiento próximo da fe de que la preocupación del legislador se halla lejos de asegurar el cobro a los acreedores con créditos ya exigibles, o en curso de serlo. Más aún, en el caso de las sociedades anónimas, ni siquiera se rompe en estos casos la regla de permisividad del desembolso diferido de las aportaciones del art. 79 LSC.

20. Cfr., a este respecto, la concluyente STS de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017, 676), que centra el perímetro de responsabilidad en el nacimiento de la deuda, con independencia de su vencimiento y exigibilidad, que pueden producirse incluso una vez cesado en el cargo el administrador declarado responsable.

21. Cfr., en este sentido, la STS 1 de marzo de 2017 (RJ 2017, 676). Como sostuvo ALCOVER, G., «El ámbito de responsabilidad de los administradores en los nuevos artículos 262.5 de la Ley de Sociedad Anónima y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 26, 2006, pg. 87, con la reforma introducida por la Ley 19/2005 se volvía en buena medida a retomar el alcance que tenía esta responsabilidad de los administradores por deudas cuando fue concebida y se incluyó por vez primera en los trabajos preparatorios (en el Anteproyecto de 19 de enero de 1988) de lo que luego pasó a ser la Ley 19/1989, de 25 de julio (RCL 1989, 1660). Bien es cierto que originariamente la responsabilidad abarcaba a las deudas nacidas tras el incumplimiento de los deberes, no tras el acaecimiento de la causa de disolución.

22. Tal vez sea ALCOVER, G., *RDS*, 2006, págs. 89-91, quien haya expresado esta conclusión con mayor precisión. Esta idea enlaza en cierto modo con la que parece inspirar la causa legal de disolución por la «pérdida entera del capital» establecida en el art. 221.2.º CCo (LEG 1885, 21), que se entiende aplicable solo a las sociedades personalistas, y que en realidad no encontraría su fundamento prístino en la protección de los acreedores (pues el capital no está destinado a cumplir esa función en esos tipos societarios), sino en la imposibilidad de cumplir el fin social debido a la ausencia de patrimonio para ello. Véanse, a este respecto, las opiniones de Garrigues, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I-3, 1949 (Revista de Derecho Mercantil), págs. 1204-1206; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, 1976, págs. 624-626; URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y BELTRÁN, E., *Disolución y liquidación*

23. Así se viene entendiendo por lo general en la doctrina española tras la aprobación de la LSC. Más controversia suscitaba en cambio la cuestión antes de la LSC, ante las discordancias existentes en los textos de las LSA y LSRL en esta materia; bien es cierto que la opinión expresada en el texto era ya mayoritaria; un resumen de estas posiciones doctrinales puede verse, por todos, en MORENO SERRANO, E., *Los administradores de una sociedad de capital ante una situación de insolvencia*, 2015 (La Ley), págs. 63-65. Tras la aprobación de la LSC, véanse, entre otros, BELTRÁN, E., *Responsabilidad de administradores*, págs. 298, 306-308 y 316-317; PULGAR, J., «El presupuesto objetivo del concurso de acreedores», en Pulgar (dir.), *El concurso de acreedores*, 2012 (La Ley), págs. 170-71, y PULGAR, J., *Preconcurso y reestructuración*, págs. 560-561; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La junta general de la sociedad concursada*, 2012 (Thomson-Reuters Civitas), págs. 148-149 y 168-170; PRENDES, P., «La responsabilidad civil de los administradores de sociedades capitalistas. Armonización con el sistema de responsabilidad concursal», en Prendes y Muñoz Paredes (dirs.), *Tratado judicial de la insolvencia*, tomo I, 2012 (Thomson-Reuters Aranzadi), págs. 376, 386-387 y 415-419; GALLEGO, E., «Disolución y liquidación», en Beltrán y García-Cruces (dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo I, 2012 (Thomson-Reuters), págs. 1192-1194; GALLEGO, E., «Responsabilidad de los administradores», en Beltrán y García-Cruces (dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo I, 2012 (Thomson-Reuters), págs. 2653-2657; MARÍN DE LA BARCENA, F., «Deberes de promoción de la disolución y el convenio concursal. (Comentario de la STS [1.ª] de 15 de octubre de 2013)», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 292, 2014, pg. 624. Con todo, hay que precisar que existe una corriente doctrinal que matiza esta afirmación, en el sentido de considerar que, aunque la insolvencia actual elimina la causa de disolución por pérdidas, también en estos casos el órgano de administración debe convocar la junta general de socios para que acuerde pedir el concurso, de manera que, si la junta no lo hace, serán entonces los administradores quienes tengan que tomar esa determinación por imperativo legal (es más, incluso algunos llegan a legitimar a un administrador a título individual en caso de desacuerdo entre los miembros del órgano). Véanse, en esta línea exegética, entre otros, BATALLER, J., «Artículo 363», en ROJO Y BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo II, 2011 (Thomson-Reuters), págs. 2555-2557; MORENO SERRANO, E., *Los administradores ante una insolvencia*, págs. 65-78; MEGÍAS LÓPEZ, J., «Disolución y concurso de sociedades de capital: deberes, competencia y legitimación de los órganos sociales», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º extraordinario de 2016, págs. 135-138; RECAMÁN, E., *Deberes y responsabilidad de los administradores*, Parte 2.ª, Capítulo III, C), 2.1 y 2.2.

24. Cabría plantear la posibilidad de que, en caso de que el órgano de administración se estructure bajo la forma de un consejo, la decisión relativa a la petición de concurso se delegue en los consejeros que se ocupan de la realización de las funciones puramente ejecutivas. Sobre el papel la respuesta a este interrogante podría resultar afirmativa, pues tal cometido no se encuentra, textualmente, entre las «*facultades indelegables*» del consejo (cfr. art. 249-bis LSC; tampoco figura expresamente entre las que enumera el art. 529-ter LSC para el caso de las sociedades anónimas cotizadas). Pero la trascendencia de la medida en el devenir de la sociedad y su incidencia misma, caso de estimarse la solicitud, sobre las facultades del órgano de administración como tal parecen reclamar una interpretación amplia del catálogo de competencias indelegables en este aspecto, de tal suerte que la petición de concurso pudiera considerarse integrada, precisamente por las razones anteriormente apuntadas, dentro del apartado b) del art. 249-bis LSC, concerniente a «[L]a determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad» (cfr., en un sentido similar, las referencias genéricas contenidas en las letras a) y b) del art. 529-ter LSC]. Sobre esta cuestión, véase, a favor de la delegación, RECAMÁN, E., *Deberes y responsabilidad de los administradores*, Parte 2.ª, Capítulo III, C), 2.2.

25. Más dudosa resulta la respuesta cuando la solicitud de concurso va acompañada de una propuesta anticipada de convenio o de un plan de liquidación. A mi modo de ver, en el primer caso no parece preciso que la decisión del órgano de administración se encuentre respaldada o se vea sustituida por un acuerdo al respecto de la junta general, sin perjuicio de que tal acuerdo pueda terminar siendo indispensable, si el convenio finalmente se aprueba, en función de las características de algunas de las medidas que pudieran contenerlo (vgr.: un aumento de capital por compensación de créditos). En lo relativo a la presentación de un plan de liquidación la cuestión se torna más compleja. Es cierto que la entrada en fase de liquidación supone una renuncia a la continuidad en el ejercicio de las actividades propias del objeto social así como una fuerte desfiguración de la distribución de poderes normal en el seno de una sociedad, debido al cese de los administradores sociales y a la entrada en juego (ejerciendo, entre otras funciones, como verdaderos liquidadores) de la administración concursal (art. 145.3 LCo), razones de suficiente enjundia como para dudar fundamentalmente sobre si la medida no debiera someterse al parecer de los socios reunidos en junta general, bajo un régimen de quórums y mayorías reforzados, incluso (como se requiere para acordar la disolución sin la concurrencia de una causa legal o estatutaria para ello, ex art. 368 LSC; en este sentido, véanse, entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Junta general sociedad concursada*, págs. 168-175; MORENO SERRANO, E., *Los administradores ante una insolvencia*, págs. 67-68; RECAMÁN, E., *Deberes y responsabilidad de los administradores*, Parte 2.ª, Capítulo III, C), 2.1. Sin embargo, la Ley no exige tal decisión asamblearia, lo que podría encontrar justificación,

a mi modo de ver, en el hecho de que la liquidación concursal se concibe lisamente como un cauce para dar solución a la incapacidad de pago del deudor, no como un camino sin retorno a la desaparición de la sociedad (la Ley Concursal solo contempla la extinción si se revela una insuficiencia de bienes y derechos para el pago a los acreedores: art. 178.3 LCo). De hecho, en el procedimiento concursal ni siquiera tal liquidación tiene por resultado final, si queda sobrante tras el pago a los acreedores, una distribución entre los socios, que constituye la manifestación genuina de la causa lucrativa de la sociedad y que haría recaer la competencia excluyente sobre el asunto en la junta general. Simplemente, en ese caso, se dispone la conclusión del concurso (art. 176.1.4.º LCo).

26. Hay que reconocer que sobre el papel la lógica del sistema concebido en la LCo podría inducir a inclinar la respuesta hacia un sentido contrario al que sostengo, toda vez que la declaración de concurso se concibe como un remedio de cumplimiento alternativo de los deberes que se imponen a los administradores ante tan delicada situación social. Y, en este sentido, la mayoría de la doctrina defiende la responsabilidad de los administradores *ex art. 367 LSC* por no solicitar el concurso. Véanse, entre otros, PULGAR, J., *Preconcurso y reestructuración*, págs. 170-171; GALLEGO, E., *Enciclopedia*, págs. 1193 y 2654-2655; BATALLER, J. «Artículo 367», en Rojo y Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo II, 2011 (Thomson-Reuters), págs. 2573; PRENDES, P., *Tratado judicial de insolvencia*, págs. 386-387 y 415-419). Pero no se olvide que, en el caso de la insolvencia actual, tal función alternativa quedaría satisfecha con solo excluir la aplicación de las normas societarias ante la preeminencia de las concursales. Por ello entiendo que, en tal supuesto, las consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de pedir el concurso deben ser las que establece la LCo, no la aplicación del art. 367 LSC. Por otro lado, la imposición de la responsabilidad por las deudas sociales generaría un solapamiento de plazos difícilmente justificable, puesto que el deber de pedir el concurso, *ex art. 5 LCo*, juega durante los dos meses siguientes al instante en que se aprecie o no pueda ignorarse la insolvencia actual, no las pérdidas legalmente cualificadas, que es el *dies a quo* del plazo, también de dos meses, de cuyo transcurso hace derivar el art. 367 LSC aquella responsabilidad.

27. Habría que cuestionarse si, pese a no hallarse contemplado legalmente (ni por la LSC ni por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria -RCL 2015, 1016-), no sería posible (sin necesidad de alcanzar el porcentaje requerido para el ejercicio del derecho de minoría del art. 168 LSC) presentar ante el Registrador Mercantil o el Letrado de la Administración de Justicia la pertinente solicitud de convocatoria de una junta general para que debata sobre si disolver o dar otra solución al problema, evitando de este modo la reacción más radical (y carente de alternativa en ese trance) de la disolución judicial (de hecho, sería un camino a seguir eficaz, proporcionado y, lo que puede resultar más trascendente debido a la premura de la situación, muy ágil, por ejemplo ante situaciones anómalas, pero nada infrecuentes, como las de acefalía en el órgano de administración, que la Ley resuelve acudiendo al remedio excepcional del art. 171 LSC, bien es verdad que pensado expresamente solo para la decisión del nombramiento de nuevos administradores). O si, planteado el expediente de disolución judicial, no cabría abrir paso, una vez oídos los administradores (art. 127 LJV), a una convocatoria de junta general (en aplicación de lo previsto en el art. 19.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -RCL 2000, 34-, *ex art. 8 LJV*), si con ello quedara satisfecho el interés del peticionario.

28. Sobre la gama de acuerdos que podrían adoptarse con esta finalidad véase, por todos, MEGÍAS LÓPEZ, J., «Competencia orgánica y crisis económica de sociedades de capital: disolución, concurso y concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 22, 2015, págs. 446. Hay que insistir no obstante, en que no resulta suficiente con que el acuerdo conduzca a la eliminación del déficit contable. De igual modo ha de procurarse descartar la amenaza de insolvencia que en ese momento se cierne sobre la sociedad, pues no se olvide que el legislador prevé la celebración de la junta como cauce de solución del problema tanto cuando solo hay causa de disolución como cuando también concurre la insolvencia inminente. Lógico será, pues, que, ante esta situación, la solución acordada sirva a ambos objetivos.

29. Tal referencia legal expresa, unida a la exigencia general de que el orden del día sea *claro y completo* (aunque pueda expresarse de manera *concisa y sencilla*), máxime cuando están en juego medidas que puedan incidir muy directamente sobre la posición jurídica del socio en la entidad para lo sucesivo (cfr. SSTs de 4 de marzo de 2000 -RJ 2000, 1502-, 16 de septiembre de 2000 -RJ 2000, 7628- y 24 de enero de 2008 -RJ 2008, 219-; RDGRN de 26 de octubre de 2016 -RJ 2016, 6047-) constituirían argumentos suficientes como para rechazar cualquier composición del orden del día que acudiera a expresiones vagas o excesivamente abiertas, como, por ejemplo, la «*adopción del acuerdo de disolución social por pérdidas o cualquier otro que sirva para remover la causa legal de disolución o resolver el desequilibrio contable*». Distinto será que, por la asistencia de todo el capital social, y la predisposición al debate y el voto favorable de todos los asistentes a una propuesta no incluida expresamente en el orden del día, el defecto se revele a la postre *irrelevante*.

30. Para una ilustración sobre la división reinante en este particular extremo en la doctrina española véanse, entre otros, tras la aprobación de la LSC, las opiniones de MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Junta general sociedad*

concurrada, págs. 168-170 (en especial Nota 200); MORENO SERRANO, E., *Los administradores ante una insolvencia*, págs. 78-83; RECAMÁN, E., *Deberes y responsabilidad de los administradores*, Parte 2.^a, Capítulo II, C), 2.1, y Capítulo III, C), 2.2.1.2; BELTRÁN, E., *Responsabilidad de administradores*, págs. 306-308.

31. Insisto en que con esta exégesis se evitaría forzar excesivamente el tenor del art. 365.1 LSC, que impone la convocatoria de una junta general para que inste el concurso, en su caso. Y es que considero que el hecho de que la solicitud de concurso se concibiera originariamente (al promulgarse la LCo) solo como un cauce de cumplimiento alter-nativo a la disolución, como sostiene el maestro ROJO, A., «Artículo 3», en Rojo y Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, 2004 (Thomson-Civitas), págs. 203-205, ni tiene por qué implicar en todo caso que la opción por una o por otra solución resulte indistinta (no lo es en el caso de la insolvencia actual) ni que, cuando lo sea (como es el supuesto de la insolvencia inminente), la decisión tenga que recaer forzosamente sobre el órgano de administración.

32. Desde luego, me parece admisible, pese a que la Ley no se pronuncia en un sentido favorable de un modo expreso (también se muestra favorable Megías López, J., *RDCP*, 2015, pg. 446, y MEGÍAS LÓPEZ, J., *CDC*, 2016, pg. 129, aunque con reservas), que el órgano de administración, dentro del estrecho margen de competencias de que dispone para adoptar decisiones de esta enjundia, pueda eliminar el supuesto de hecho del que surge el deber de convocatoria de una junta general mediante la adopción, por sí mismo, de determinadas medidas de remoción del desequilibrio contable (y habría que entender, asimismo, de la insolvencia inminente), como, por ejemplo, la obtención de un préstamo participativo (de los contemplados en el RDL 7/1996, de 7 de junio -RCL 1996, 1767-). Pero no creo que tal conclusión pueda extenderse a la petición de concurso. El concurso hace perder a la sociedad el control excluyente sobre la solución al problema y el futuro de la sociedad, que se desplaza al menos en parte al ámbito de decisión de los acreedores, en un contexto en que la Ley manifiesta de un modo explícito (art. 365 LSC) que tal devenir debe permanecer en manos de los socios, quienes serán los que, en su caso, tengan que decidir si comparten su poder de actuación al respecto con los acreedores (por la vía del concurso o, como se verá en los epígrafes que siguen, de los expedientes preconcursales) o si mantienen su autonomía de actuación (adoptando otra serie de medidas, como las de remoción de las pérdidas y la insolvencia o la disolución).

33. *Contra*, MORENO SERRANO, E., *Los administradores ante una insolvencia*, págs. 73-74. En cualquier caso, cuestión diferente sería que, si en la junta defectuosamente convocada los socios se hubieran decantado por la disolución y liquidación, no se hubieran generado nuevas deudas ante acreedores sociales por las que responder.

34. En este sentido, véase, por todos, ALCOVER, G., *RDS*, 2006, págs. 92-93.

35. Así, CAMPUZANO, A.B.-SÁNCHEZ PAREDES. M.L., *Prevención de la insolvencia*, pg. 237. Debe destacarse, con todo, la opinión contraria de algunos autores (vgr.: por todos, PULGAR, J., *Preconcursalidad y reestructuración*, págs. 292-297 y 557), según la que en todos los expedientes preconcursales se requiere insolvencia. Bien es cierto que se propende a entender este concepto con un significado no ya jurídico estricto, sino con uno más amplio, de índole más bien económica (como sinónimo de dificultades de liquidez graves). En un sentido que bien podría corresponderse con la idea de «riesgo» o «probabilidad de insolvencia» que maneja la Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva.

36. La falta de claridad a que se alude en el texto viene motivada más por la puesta en conexión de lo establecido en este artículo con lo dispuesto para las personas físicas que del mismo art. 231.2 LCO, que requiere expresamente que las sociedades que se acojan a este expediente «*se encuentren en estado de insolvencia*». Lo que sucede es que puede llegar a dudarse si se refiere a la insolvencia en cualquiera de sus dos manifestaciones (actual o inminente) o solo a la que provoca el nacimiento del deber de pedir el concurso (la actual), toda vez que para las personas físicas el presupuesto objetivo se describe de otra manera en el art. 231.1 LCo (sin que exista razón para ello derivada de la diversa naturaleza del deudor): «*que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones*», expresión esta última que parece claramente alusiva a la insolvencia inminente (aun a falta del adverbio «*puntualmente*» del art. 2.3 LCo). Pese a todo, entiendo, con PULGAR, J., *Preconcursalidad y reestructuración*, págs. 769-770, que se trata más de una imprecisión legislativa que de la fijación de requisitos distintos para unos y otros tipos de deudores. Así vendría a aclararlo el art. 630 PTRLCo [aunque parece predominar la opinión contraria; véanse, entre otros, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., «Derecho Concursal», en Jiménez Sánchez y Díaz Moreno (coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 20.^a ed., 2017 (Tecnos), pg. 769; MORENO SERRANO, E., *Los administradores ante una insolvencia*, págs. 119-120; CAMPUZANO, A.B.-SÁNCHEZ PAREDES. M.L., *Prevención de la insolvencia*, págs. 158 y 160].

37. Se trata, en cambio, de una circunstancia que pretende corregirse con la PTRLCo, que exige expresamente la insolvencia en todos los casos, excepto en los acuerdos de refinanciación *colectivos* no homologados. Cfr.

arts. 603, 604 y 630.

38. En cualquier caso, habría que cuestionarse por la solución a seguir si la sociedad no se halla en insolvencia (ni actual ni inminente) pero sí se encuentra en situación de déficit patrimonial y presenta serias dificultades de pago. En ese caso podría acogerse a alguna de las modalidades de acuerdos de refinanciación, beneficiándose incluso *con carácter preventivo* de la enervación del deber de pedir el concurso del art. 5-bis.2 LCo (y cerrando el paso de antemano a eventuales solicitudes de otros sujetos, ex art. 15.3 LCo), puesto que dicho efecto no requiere estar sometido a tal obligación justo en el instante en que se comunica al Juzgado el inicio de las negociaciones conducentes a cerrar el acuerdo (de modo que si, como consecuencia de estas dificultades de liquidez, la sociedad acaba incurriendo en una insolvencia actual mientras negocia con sus acreedores, podría verse igualmente amparada por estos efectos beneficiosos). De ahí que, probablemente, haya que sostener para este supuesto de hecho la misma solución que la que propondremos en las páginas que siguen para los casos en que coinciden las pérdidas patrimoniales graves con la insolvencia inminente, debido a la relevancia que cabe otorgar en estos casos al juego del art. 365 LSC.

39. Esta consecuencia, no del todo justificable, parece eliminarse con la PTRLCo (art. 595, en relación con los arts. 582 y 594), que equipara a estos efectos los acuerdos *singulares* a los *colectivos*.

40. En este punto coincido con Pulgar, J., *Preconcuralidad y reestructuración*, págs. 553, 559 y 568-569.

41. *Contra*, PULGAR, J., *Preconcuralidad y reestructuración*, págs. 269 y 272. No se olvide que la razón de ser de estos expedientes y de la protección dispensada a la refinanciación y a quienes la conceden estriba precisamente en facilitar el reflotamiento de las unidades empresariales viables ante el riesgo de que un eventual posterior concurso acabe provocando su devaluación o su cierre y consiguiente descuartización entre los diversos elementos patrimoniales que las componen.

42. Los acuerdos extrajudiciales de pagos están orientados fundamentalmente a encontrar sin más una solución extraconcurzal a la incapacidad del deudor de hacer frente a sus deudas. Por ello entiendo que en estos expedientes no es preciso asegurar la continuidad de la actividad profesional o empresarial (puede que el deudor ni siquiera sea profesional o empresario), de modo que la referencia del art. 236.2 LCo al «*plan de viabilidad*» debería considerarse centrada en la propuesta de cumplimiento regular del plan de pagos y de las nuevas obligaciones que puedan contraerse antes que, necesariamente, en dicha continuidad de la actividad (cfr. en tal sentido, el art. 667 PTRLCo). En esta línea de pensamiento, véase PULGAR, J., *Preconcuralidad y reestructuración*, pg. 767. *Contra*, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., *Lecciones*, pg. 764; CAMPUZANO, A.B.-SÁNCHEZ PAREDES, M.L., *Prevención de la insolvencia*, págs. 139-140.

43. Así, véanse, entre otros, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *RDM*, 2014, págs. 624-625; MORENO SERRANO, E., *Los administradores ante una insolvencia*, pg. 126; PULGAR, J., *Preconcuralidad y reestructuración*, págs. 563-565; MEGÍAS LÓPEZ, J., *CDC*, 2016, págs. 139-140 y 147-152; RECAMÁN, E., *Deberes y responsabilidad de los administradores*, Parte 1.^a, Capítulo I, D), 2.

44. Cierto es que, bajo la legislación actual, no siempre tiene por qué perseguir ese objetivo. Sin entrar ahora en la funcionalidad que viene satisfaciendo el *intento* de un acuerdo extrajudicial de pagos como mecanismo para facilitar una exoneración de pasivo insatisfecho de mayor volumen a las personas físicas con incapacidad financiera y patrimonial para hacer frente a las deudas pendientes (art. 178-bis.3.4.º LCo), hay que reseñar que existe la posibilidad de emplear estos mecanismos bien como una fórmula de preparar mejor las condiciones bajo las que va a desarrollarse el procedimiento (por permitir, por ejemplo, disponer de una liquidez suficiente para atender las necesidades de tesorería que provoca la llevanza misma del procedimiento, sin tener que acudir a una enajenación anticipada de elementos del activo, ex art. 43 LCo), bien de asegurar una continuidad de la actividad empresarial de cara a la cercana entrada en vigor de los efectos de la declaración de concurso. En este contexto puede cobrar especial relevancia el acuerdo de refinanciación «*singular*» (art. 71-bis.2 LCo), cuya conclusión provoca determinados efectos protectores de los financiadores, pero cuyo planteamiento, bajo la regulación actual, como ya se ha apuntado, no suspende las ejecuciones ni enerva el juego del art. 5 LCo o la posibilidad de solicitud de concurso por parte de los acreedores, lo que en principio descarta que el mero inicio de las negociaciones conducentes a alcanzarlo produzca algún efecto sobre lo dispuesto en los arts. 365 y siguientes LSC (no se prevé así en la PTRLCo, que mantiene una visión más amplia de la potencial funcionalidad de este tipo de convenios: cfr. art. 595, en relación con los arts. 582 y 594, en una equiparación a estos efectos de los acuerdos de refinanciación «*colectivos*» con los «*singulares*», aunque rematada con la exigencia de que el deudor tenga que estar en insolvencia actual o inminente para poderse acoger a estos últimos). Cuestión distinta será que, efectivamente, la conclusión por los administradores con algunos acreedores de un acuerdo de refinanciación de los del art. 71-bis.2 LCo antes del transcurso del plazo de dos meses del art. 365 LSC consiga a la postre sacar a la sociedad de la situación de insolvencia [consecuencia perfectamente posible, a la vista de los requisitos constitutivos del supuesto según el mencionado artículo, en especial del contenido en su

letra b), relativo a que, tras el acuerdo, «*el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente*»]. Entonces estaría plenamente justificado considerar resuelto el problema planteado en dicho art. 365 LSC, aun sin haber tenido que convocar una reunión de la junta general de socios.

45. No se trata, sin embargo, de la opinión más extendida entre los autores por lo que hace a los supuestos de insolvencia inminente. Véanse, al respecto, PULGAR, J., *Preconcurso y reestructuración*, págs. 565-567; MEGÍAS LÓPEZ, J., *CDC*, 2016, págs. 139-140 y 147-152; RECAMÁN, E., *Deberes y responsabilidad de los administradores*, Parte 2.^a, capítulo II, C), 2.2.1.4.

46. Si, contra lo que resulta normal, la finalidad perseguida por el recurso al expediente preconcursal no estribara en eliminar ni prevenir la insolvencia, y pese a ello se procediera a la comunicación a que se refiere el art. 5-*bis* LCo (lo que excluiría, como se ha visto, el acuerdo de refinanciación *singular* del art. 71-*bis*.2 LCo), parece que la solución debiera ser la misma que propongo para el caso arquetipo, con más motivo aún, pues todo parecería conducir a que la petición de concurso (y, por lo tanto, el cumplimiento del mandato del art. 365 LSC) sería inevitable. Así ocurriría, por ejemplo, si la comunicación del art. 5-*bis* LCo tuviera por objeto anunciar que se están buscando adhesiones para una propuesta anticipada de convenio en un concurso que se va a solicitar.

47. Así viene a respaldarlo el TS (STS de 15 de octubre de 2013 -RJ 2013, 7253-), cuando declara que, una vez en concurso, no cabe plantear la activación de los mecanismos de alerta ante una eventual causa legal de disolución por pérdidas, pues este problema (y, por lo tanto, su solución) queda subsumido en el de la insolvencia. Ciertamente es, sin embargo, que no faltan autores que muestran su disconformidad con esta postura cuando la concursada se halla sujeta al cumplimiento de un convenio. Véanse, entre otros, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *RDM*, 2014, págs. 625-628; JUSTE MENCIA, J., «Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 21, 2014, págs. 17-25; MEGÍAS LÓPEZ, J., *CDC*, 2016, págs. 151-152. En mi opinión esta discrepancia estaría justificada cuando se tratara de una causa de disolución surgida *ex novo*, no de la que ya existía cuando se acudió al concurso como respuesta al problema.

48. Advuértase, sin ir más lejos, en la potencial virtualidad expropiatoria que podrían tener estos acuerdos en la medida en que acabarían facilitando un cambio diametral en la distribución del poder en la sociedad mediante la conversión de buena parte de los créditos en acciones o participaciones sociales, lo que eventualmente podría ser aprovechado para diluir considerablemente el peso de determinados socios hostiles. El clima en el que se desarrolla el debate y la votación sobre el pertinente acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de la ejecución de un expediente preconcursal no parece ser el más idóneo para combatir maniobras de este tipo, que pudieran incluso servir para incrementar el porcentaje de participación de socios mayoritarios que hubieran estado financiando a la sociedad durante los años precedentes (puede que incluso lo vinieran haciendo precisamente con vistas a lograr este objetivo). No se olvide que, aunque los créditos titularidad de «*personas especialmente relacionadas con el concursado*» (vgr.: socios de referencia y administradores) no pueden computarse en las mayorías de pasivo requeridas para un acuerdo de refinanciación homologado (no así, sorprendentemente, para los demás acuerdos preconcursales, cuyas mayorías no atienden solo a los pasivos financieros; situación que corrige la PTRLCo para los acuerdos de refinanciación «*colectivos*»; cfr. los arts. 598, 605.1.3.º y 606.3), sí que se les permite en todo caso adherirse al mismo y someterse a sus medidas, incluida la transformación de tales créditos en capital social. Ante semejante amenaza, y debido a que la regulación de los expedientes preconcursales hace tambalearse claramente en esta tesitura, en pos de una adecuada protección del interés de los acreedores sociales, el predominio del interés social en las decisiones de la junta general (preservado fundamentalmente por los arts. 190 y 204 LSC), parece que los socios minoritarios solo contarían con la salvaguarda que derivaría de la disciplina en torno a los deberes de lealtad de los administradores, con la dificultad que conllevaría su aplicación cuando se actuara contra quienes aún se hallaran en el ejercicio del cargo y ni siquiera se dispusiera de la mayoría en la junta general.

49. Parece que, a falta de una norma que expresamente la disponga, y al igual que sucede, en principio, con el resto de las medidas, será suficiente con el quórum legal y con las mayorías requeridos para debatir y adoptar acuerdos sobre los asuntos *comunes* (arts. 193 y 198 y 201.1 LSC), esto es, los que no necesitan de asistencia o mayorías reforzadas.

50. No creo que el acuerdo de refinanciación «*singular*» se someta a este mismo régimen en su configuración legal actual puesto que, como ya se hizo ver en la Nota 44, en modo alguno tiene virtualidad para parar la agresión a su patrimonio de los acreedores ni suspender el deber de pedir el concurso voluntario (sin perjuicio de advertir de que esta limitación en su alcance puede alterarse profundamente con el TRLCO, como se indica en la Nota anteriormente citada). De ahí que el art. 5-*bis* LCo no le resulte aplicable. Y, si no pone en curso de satisfacción el problema, no desplaza el deber de reunir la junta general para decidir sobre la disolución, la

petición de concurso o la remoción de la insolvencia y las pérdidas. Todo ello sin perjuicio de que, antes de convocar la junta general, pueda haberse alcanzado un acuerdo que, de por sí, dé una respuesta adecuada a las citadas situaciones, haciendo innecesaria, en principio, la adopción de medidas por los socios.

51. Naturalmente, uno de los problemas fundamentales para la correcta implementación de esta tesis residirá en poder verificar en qué casos se está ante una insolvencia actual o inminente (o una simple amenaza de devenir en este estado, aun meramente eventual y fuera del alcance del art. 2 LCo). A mi modo de ver, ante la ausencia de mecanismos de control sustantivo de la concurrencia de los requisitos materiales para poderse acoger a un acuerdo de refinanciación *colectivo* cuando se comunica el inicio de las negociaciones, tal atestiguación, al igual que sucede con las graves dificultades económicas o la viabilidad de la unidad empresarial, quedarán sujetas a un control judicial *ex post*, a expensas de una posible impugnación del acuerdo por la administración concursal, o de una eventual apertura de la sección de calificación del concurso en la que pudiera evidenciarse el incumplimiento del deber establecido por el art. 5 LCo. Por lo que hace al acuerdo extrajudicial de pagos, en cambio (y sin perjuicio de este control *a posteriori*), parece haber pie para que el destinatario de la solicitud de nombramiento de mediador concursal acometa un juicio de legalidad *a priori* sobre la concurrencia de todos los presupuestos sustantivos del art. 231.2, 3 y 4 LCo (cfr. el art. 232.3.3 LCo, así como la interpretación dada por la IDGRN 5 de febrero de 2018), ante lo que estará en disposición de considerar cumplido o no lo establecido por el art. 365 LSC, en la lectura integradora que propongo.

52. Cfr. a este respecto, lo que se comenta en la Nota 27.

53. Así también lo viene a establecer el art. 594 PTRLCo. Véanse también al respecto, entre otros, Pulgar, J., *Preconcuralidad y reestructuración empresarial*, 2016 (La Ley), pg. 559; Sanjuán, E., «Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de deudas», en Campuzano, A.B. y Sanjuán, E., *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 2016 (Tirant lo Blanch), pg. 87. Aunque cuando se trate del acuerdo extrajudicial de pagos que no se alcanza por rechazo de los acreedores a continuar con las negociaciones, el art. 236.4 LCo ordena la petición de concurso por el mediador concursal «*de inmediato*», sea cual sea la perspectiva desde a que se constate la insolvencia. Y la misma conclusión debería alcanzarse, pese al silencio legislativo, para el supuesto de que el rechazo se manifestara mediante una falta de aceptación de la propuesta del art. 238.3 LCo, o de que tuviera lugar un incumplimiento del acuerdo alcanzado (art. 241.2 LCo; en esa misma línea exegética, cfr. el art. 704.3 PTRLCo). Véase, también, Pulgar, J., *Preconcuralidad y reestructuración*, págs. 573-576 y 871-874.

54. Resulta sorprendente comprobar que el PTRLCo reserva esos efectos beneficios para los casos de *concurso consecutivo*, que pasan a ser formalmente todos aquellos en que se haya producido una frustración del acuerdo de refinanciación o del acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 693 y 696 a 701 y 703). La situación en que quedan los créditos de los refinanciadores si hay concurso pese a haberse alcanzado e incluso ejecutado correctamente los acuerdos cerrados bajo los expedientes preconcursales queda sin determinar (ya no se trataría de un *concurso consecutivo*), pese a que se trata del supuesto de hecho en que, probablemente, adquiera mayor sentido plantear su estatuto, toda vez que la frustración de tales acuerdos puede conducir a una ineficacia sobrevenida de su contenido.

55. Normalmente, será la fecha misma de cierre de este acuerdo preconcursal; pero puede que más adelante. Por ejemplo, una vez comprobado que no se alcanzan las mayorías de pasivo financiero requerido para el arrastre de los disidentes mediante la homologación del acuerdo de refinanciación.

56. Se trataría, por consiguiente, de tomar la línea argumentativa de la STS 15 de octubre de 2013, sobre la que ya se abundó, *supra*, Nota 47. Contra, reclamando una solución específica a las pérdidas legalmente cualificadas, pese a haber quedado resuelto el problema de la insolvencia, MARÍN DE LA BÀRCENA, F., *RDM*, 2014, págs. 625-628; PULGAR, J., *Preconcuralidad y reestructuración*, págs. 565-567; Megías López, J., *CDC*, 2016, págs. 139-140 y 147-152.

57. Como ya se ha dicho *supra*, en la Nota 54, el art. 693 PTRLCo extiende esta calificación igualmente al concurso que sigue al acuerdo de refinanciación frustrado.

58. Recuérdesse que, en el caso del acuerdo de refinanciación homologado, la propia DA 4.^ª.11 decreta que la resolución judicial del litigio planteado a raíz del incumplimiento del acuerdo (equivalente a un *incidente concursal*) no será susceptible de apelación.