

CRISI DE L'EMPRESA I DRET DE SOCIETATS

Guillem Alcover Garau



Universitat de les Illes Balears

Lliçó inaugural del curs 1993-1994
Octubre de 1993

**CRISI DE L'EMPRESA I
DRET DE SOCIETATS**

© *del text*: l'autor, 1993

© *de l'edició*: Universitat de les Illes Balears

Coberta: Jaume Falconer

Edició: Universitat de les Illes Balears
Servei de Publicacions i Intercanvi Científic
Campus universitari
Cra. de Valldemossa, km 7.5
07071-Palma (Balears)

Impressió: Jorvich, sl

DL: PM - 1011/93

Excel·lentíssim i Magnífic Senyor Rector, senyores i senyors doctors, senyores i senyors,

I

En el món del Dret es diu que no hi ha res millor que assistir a la conferència d'un catedràtic de Dret per apreciar la noció d'eternitat. Plenament conscient d'això, procuraré que aquesta lliçó sigui sintètica, clara i, sobretot, breu.

El tema que em propòs desenrotllar és un recent i seriós intent del nostre legislador de superar el desastrós i impre-sentable ordenament concursal espanyol mitjançant una norma introduïda al Dret de societats per la Llei 19/1989, de reforma parcial i adaptació a les directrius comunitàries del Dret de societats de capital, norma de la qual es pot dir sense exagerar gens que implica un gir copernicà en la nostra legislació mercantil perquè altera profundament les regles del joc econòmic per les quals el nostres empresaris es mouen des de fa molts d'anys. Alteració de regles del joc que òbviament cerca provocar un profund canvi d'actitud en aquests empresaris per incrementar la seguretat del tràfic econòmic, que és el nord del Dret mercantil.

Dit això, per intentar explicar la significació d'aquest canvi em sembla necessari dividir la meva exposició en dues grans parts: a la primera exposaré els greus defectes del nostre ordenament de la fallida i de la suspensió de pagaments,

les dues institucions concursals bàsiques, mentre que a la segona explicaré quina és concretament la regla introduïda en el nostre Dret de societats de capital i posaré de manifest com intenta superar aquests defectes i com això implica una reestructuració de les regles jurídico-econòmiques fins aleshores vigents.

II

1. És ben sabut que l'ordenament mercantil espanyol aquests darrers quinze anys ha estat immers en multitud de reformes que en bona mesura han donat una configuració nova a la majoria de les seves institucions. Però també és sabut que d'aquest moviment de reforma n'ha quedat fora precisament el sector de l'ordenament mercantil més necessitat de canvi, el Dret concursal o Dret de la crisi empresarial, per tal com el legislador espanyol no ha estat capaç de dur a bon terme un seriós projecte de reforma.

Aquest fracàs és especialment greu perquè la legislació concursal espanyola és caòtica i arcaica. És caòtica perquè està continguda en multitud de normes disperses i contradictòries que no responen en absolut a cap mena de principis informants. I és arcaica perquè conté regles que es refereixen a realitats socials i econòmiques superades des de fa dècades. Així, és vergonyós que al final del segle XX encara siguin vigents a l'ordenament consursal normes de l'Antic Règim, no del règim en què tal vegada algú de vosaltres pensa, sinó de l'autèntic Antic Règim: aquell que va acabar quan el 1833 va morir Ferran VII, el darrer monarca absolut. Efectivament, encara hi ha parcialment en vigor el llibre IV del Codi de comerç de 1829, i així aquesta norma coetània de la Inquisició espanyola regula en l'actualitat determinats aspectes de la fallida de, per exemple, una gran societat anònima.

2. Aprofundint l'estat de la nostra legislació concursal, es poden sintetitzar en tres el seus greus defectes:

a) En primer lloc, la legislació concursal està pensada quasi exclusivament per a l'empresari individual, i en canvi en l'actualitat els operadors econòmics són quasi sempre societats anònimes o de responsabilitat limitada, o sigui, empresaris socials. En aquestes societats conflueixen dos fets: per una banda, el socis no responen dels deutes socials;

per l'altra, el patrimoni social, que és l'únic que respon d'aquests deutes, té, dins certs límits, l'extensió o la magnitud que vulguin els socis, i no ha de guardar proporció amb els recursos financers que necessiti l'empresa social per desenvolupar el seu objecte.

Aquesta confluència determina que es creïn amb facilitat societats capitalistes amb un capital social format per aportacions reduïdes o fins i tot ridícules dels socis, que passen a integrar un exigü patrimoni social. Això comporta un greu perill per al tràfic econòmic, ja que el que cerquen els socis, que sovint són els administradors socials, és actuar en aquest tràfic mitjançant la pantalla de la societat, sense assumir els riscos inherents a l'activitat empresarial; en realitat, el risc l'assumeixen els creditors, que veuen massa sovint con a l'hora de cobrar els crèdits no hi ha d'on fer-ho. I davant això, res no aporten una legislació concursal que, com s'ha dit, quasi només té en compte l'empresari individual ni l'ordenament mercantil en general, insensible per ara al fenomen de la infracapitalització de les societats de capital.

b) En segon lloc, les nostres institucions concursals la majoria de vegades s'apliquen quan ja no hi ha quasi res a fer per salvar l'empresa duta a terme per l'empresari individual o social, quan la crisi empresarial ja és irreversible perquè els deutes superen en molt els béns i no queda més que mal liquidar el patrimoni empresarial per intentar pagar una part, moltes vegades mínima, dels deutes dels creditors.

En bona part això és degut a la perniciosa Llei de suspensió de pagaments, que, promulgada amb caràcter provisional el 1922 pel govern Sánchez Guerra per donar una solució política a la fallida del Banc de Barcelona, setanta anys després continua en vigor. Però en aquest moment, més que fixar-se en las causes d'aquest greu fenomen, interessa assenyalar que aquesta situació xoca frontalment amb les actuals orientacions de política jurídica que informen els Drets de

les crisis empresarials en tots el països desenrotllats, ja que avui en dia s'intenta per diverses vies que les institucions concursals entrin en acció, no quan la crisi sigui irreversible, sinó abans, quan la situació de crisi empresarial encara es pugui arreglar a fi que l'empresa social pugui continuar. Dit d'una altra manera, les institucions concursals han d'entrar en joc, no quan ja només quedi operar una costosa i insuficient liquidació del patrimoni social, sinó quan l'empresa, malgrat estar en crisi, pot ser encara viable.

c) En tercer lloc, quan l'empresa que explota l'empresari social té una gran dimensió econòmica, el fet és que la seva crisi perjudica generalment l'activitat econòmica en conjunt, i a més fa perillar multitud de llocs de treball. Això ha fet que els diversos poders públics espanyols, fonamentalment l'estatal i els autonòmics, durant aquests darrers quinze anys hagin intentat ajudar determinades grans empreses a superar les crisis econòmiques generalment mitjançant l'atorgament de finançament públic a canvi de la subjecció a un pla de reestructuració.

Ara bé, aquesta solució pública a unes crisis empresarials privades, i malgrat que amb això s'intenti conservar l'empresa, és molt discutible tant des del punt de vista de la política jurídica com des del punt de vista de la tècnica jurídica. Des d'un punt de vista de política jurídica, aquesta solució pública es pot criticar tant perquè és injust, pel fet de ser contrari a la igualtat, ajudar les grans empreses i no les petites com també perquè és igualment injust que la col·lectivitat participi en les pèrdues socials sense haver participat en els eventuais guanys. I des del punt de vista de la tècnica jurídica s'ha revelat insoluble a la pràctica el problema de fixar els criteris en virtut dels quals es pot determinar quan una empresa mereix ser salvada pel poder públic; de fixar els criteris en virtut dels quals el poder públic ha d'intentar salvar determinades empreses i no altres i els criteris en virtut dels quals és millor salvar l'empresa que deixar que

desaparegui perquè uns altres operadors econòmics més qualificats ocupin el seu lloc. I això desgraciadament ha determinat que s'hagin produït casos d'injustícies palmàries i, fins i tot, de corrupció político-econòmica.

III

Arribats en aquest punt, és hora ja d'explicar com el Dret de societats contingut a la Llei 19/1989 intenta influir en aquesta complexa situació creada per les nostres lleis concursals. Amb aquest fi, estructuraré l'exposició explicant en primer lloc la norma introduïda, per exposar-ne a continuació les repercussions.

1. La Llei 19/1989 ha modificat profundament les lleis que contenen els règims jurídics de les societats anònimes i de responsabilitat limitada en part per adequar aquests règims a les directrius comunitàries i en part per reformar determinats aspectes normatius concrets fins aleshores vigents. Entre aquests aspectes concrets destaquen les modificacions operades quant a la dissolució de les societats de capital.

Molt esquemàticament, als nous articles 260,4 i 262 de la Llei de societats anònimes, que en virtut de l'article 30 de la Llei de societats de responsabilitat limitada també s'apliquen a aquestes societats, es disposa que si una societat de capital, a conseqüència de pèrdues, veu reduït el seu patrimoni per davall de la meitat del capital social, els administradors, que duen la comptabilitat social, tenen l'obligació de convocar en el termini de dos mesos des que el fet s'hagi produït la junta general d'accionistes perquè els socis reflexionin sobre aquestes pèrdues o bé per procedir a dissoldre la societat o bé per modificar-ne l'estructura financera augmentant o disminuint el capital social. Si els administradors no convoquen la junta general, la llei els imposa una duríssima sanció de caire civil, la de respondre solidàriament de tots els deutes socials. I si la junta no adopta cap d'aquestes opcions, els administradors tenen l'obligació de demanar al jutge la dissolució de la societat, obligació que si s'incompleix duu aparellada també la sanció civil exposada.

Tal vegada amb un exemple molt simple i esquemàtic es pot explicar més bé la regla. Suposem que en el moment de

la constitució de la societat anònima el capital social completament desemborsat format per les aportacions del socis sigui de deu milions de pessetes i que la societat demana a un banc cinc milions més per comprar quinze milions de determinades mercaderies. En aquest moment el patrimoni social és de deu milions de pessetes, la diferència entre una quantitat dinerària de quinze i un deute de cinc. Amb aquests quinze milions es compren efectivament les mercaderies per a la revenda, però a conseqüència de greus dificultats per col·locar-les tan sols es poden vendre per vuit milions, i així la societat pateix unes pèrdues de set milions. En aquest moment el patrimoni és només de tres milions de pessetes, la diferència entre una quantitat dinerària de vuit i un deute de cinc, per la qual cosa, a conseqüència de pèrdues, ha davallat a menys de la meitat del capital aportat pels socis, que era de deu milions, situació aquesta que revela la comptabilitat duta pels administradors. Doncs bé, el que vol el legislador és que en aquest moment aquests convoquin la junta general d'accionistes perquè els socis facin una reflexió sobre el futur de la societat i o bé procedeixin a dissoldre-la o bé a augmentar el capital a fi d'injectar doblers freds a l'empresa social.

En arribar en aquest punt és essencial retenir dues idees bàsiques.

En primer lloc, en aquest moment temporal la societat està en dificultats, però encara no té problemes d'insolvència, ja que té vuit milions i només en deu cinc, ni tampoc en aquest cas d'il·liquiditat, ja que els vuit milions els té a la caixa social. Per tant, si ara es dissolgués la societat, és cert que els socis hi perdrien set milions, ja que n'han posat deu i només els en tornen tres, però el creditor no hi perdria res i, en conseqüència, el tràfic mercantil no patiria en res. Al contrari, es veuria afavorit no sols perquè se n'eliminarà qui ha demostrat comprant per quinze i revenent per vuit poca habilitat pels negocis, sinó també perquè s'evitaria que es fessin posteriors operacions similars amb un progressiu

augment dels deutes lligat a una disminució gradual del patrimoni, que al final acabaria en una no desitjable fallida.

I en segon lloc, en tot aquest procés els administradors hi tenen una posició bàsica. En efecte, són ells els encarregats de dur la comptabilitat social, que l'actual reforma de les societats de capital regula de forma exhaustiva a fi que reflecteixi la imatge fidel del patrimoni social, i tenen el deure d'examinar-la constantment a fi de detectar si el patrimoni, a conseqüència de pèrdues, davalla a menys de la meitat del capital, moment en el qual tenen l'obligació de convocar junta general d'accionistes perquè els socis reflexionin sobre la marxa social i actuïn en conseqüència. I com que la llei té un gran interès perquè aquesta normativa es compleixi, per evitar perjudicis al tràfic mercantil, s'imposa una duríssima sanció civil als administradors incomplidors d'aquesta obligació, la de respondre solidàriament de tots els deutes socials. O sigui, per protegir els creditors i el tràfic, si els administradors queden inactius davant qualificades pèrdues socials, s'augmenta la base patrimonial que poden agredir els creditors per mirar de cobrar els crèdits precisament declarant responsables solidaris de tots els deutes socials aquells que amb la seva negligència no han posat els mitjans necessaris per evitar una situació irreversible.

2. Per acabar la lliçó resta analitzar com influeix la norma estudiada en la desastrosa situació creada per les nostres lleis concursals. Doncs bé, recordant els tres greus defectes que aquesta patia, la norma del Dret de societats implica el següent:

a) En primer lloc, la norma determina que sigui més difícil operar mitjançant societats de nul·la solvència, ja que aquesta actuació determinaria en general que els administradors, que moltes vegades són els mateixos socis, siguin responsables dels deutes socials. I malgrat que és obvi que aquesta no és una solució definitiva, i a més a més els administradors també poden ser insolvents, no es pot

negar que aquesta norma implica en tot cas que la base patrimonial que poden agredir els creditors socials es veu augmentada, de manera que s'incrementa la possibilitat de cobrar, com ja ha demostrat a la pràctica per exemple la sentència de l'Audiència Provincial de Saragossa de 23 de novembre de 1991, que va condemnar els administradors solidaris d'una societat anònima, de la qual eren socis, a pagar el lloguer d'un immoble arrendat a la societat i que aquesta, insolvent, no havia pagat.

b) En segon lloc, és clar que la norma examinada obliga la societat a reaccionar quan la crisi que pateix encara no afecta el tràfic mercantil perquè encara té, si bé disminuït per pèrdues, patrimoni social que respongui dels deutes de la societat. I en aquest moment, i no quan la insolvència ja és irreversible, la junta general d'accionistes ha de decidir si continua l'activitat social reestructurant financerament la societat perquè els socis creuen que l'empresa social és viable o, en cas contrari, si la societat es dissol, es liquida i s'extingeix de forma no traumàtica.

Aquesta és una reforma legal que, modificant de forma substancial la situació fins aleshores vigent (en la qual la crisi es manifestava quan ja no quedava més que mal liquidar un insuficient patrimoni social), entronca amb les actuals orientacions de política jurídica que intenten avançar el moment de la manifestació de la crisi empresarial a fi d'intentar salvar l'empresa social.

I a més a més, la solució és presidida per un constant deure a càrrec dels administradors socials, que, amb l'anàlisi de la comptabilitat social, han de detectar pèrdues significatives. Se substitueix així l'eventual denúncia externa i tardana dels creditors instant la fallida per l'examen constant i preventiu dels administradors.

c) En tercer lloc, la nova solució legal s'aplica a totes les empreses que tinguin per titular una societat de capital, sigui quina sigui la importància de l'empresa social, i, sobretot, no és una solució pública, auspiciada per un

poder públic i que empra finançament públic, sinó que és una solució privada, ja que és la societat mateixa amb el seus mitjans la que ha de decidir, quan encara ho pot fer sense afectar seriosament el tràfic mercantil, quin ha de ser el seu futur i si és millor abandonar l'empresa social o continuar-la.

I res més. Esper no haver-vos avorrit massa i, com a mínim, confii, recordant el que us he dit al principi, que no haureu entès la noció d'eternitat.

Moltes gràcies.

Guillem Alcover Garau,
catedràtic d'universitat
de Dret mercantil de la
Universitat de les Illes Balears

Palma, octubre de 1993



Universitat de les Illes Balears