

La reforma temporal de la causa de disolución por pérdidas graves

Fernando Azofra
Rafael García Llaneza

Abogados. Socios de Uría Menéndez

Abstract: *Se analiza la suspensión excepcional, apenas durante los dos ejercicios anuales cerrados a partir del 13 de diciembre de 2008, de los regímenes de reducción obligatoria del capital por pérdidas y de disolución por pérdidas agravadas establecidos con carácter general en la normativa de sociedades, introducida en la Disposición Adicional Única del Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre y su impacto específico en el sector inmobiliario.*

Opinión: *La Disposición Adicional Única del Real Decreto-Ley permite que las pérdidas por deterioro reconocidas en la cuentas anuales de las sociedades durante los dos ejercicios anuales siguientes al 13 de diciembre de 2008 que deriven del Inmovilizado Material, de las Inversiones Inmobiliarias o de las Existencias no se tengan en cuenta a los efectos del régimen legal general de reducción obligatoria de capital por pérdidas del art. 163.1 de la LSA o de disolución por pérdidas graves de los arts. 260.1.4º LSA o 104.1.e) LSRS. Por tanto, durante esos dos ejercicios anuales, las sociedades no se encontrarán en supuesto de reducción obligatoria de capital o en causa de disolución por pérdidas graves si franquean los umbrales legales de desbalance (patrimonio inferior a 2/3 del capital social en el primer caso, o al 50% del capital en el segundo) en razón únicamente de las pérdidas derivadas de la depreciación de estos elementos patrimoniales. Esta disposición es también aplicable, en nuestra opinión, a las pérdidas que, por deterioro del valor de esos mismos elementos patrimoniales de una sociedad, se trasladen a las cuentas anuales de la sociedad matriz a través de las correspondientes provisiones en la partida de “Inversiones en empresas del grupo y asociadas a largo plazo”. Se van a poder beneficiar del régimen de suspensión temporal y excepcional que resulta de la Disposición Adicional Única, por ello, las sociedades inmobiliarias (promotoras o patrimonialistas), ya desarrollen el negocio inmobiliario directamente, ya a través de su participación en el capital de otras sociedades inmobiliarias.*

1. El nuevo régimen del Real Decreto-Ley 10/2008

Podríamos extender a los economistas lo que Churchill dijo sobre los políticos: “*deben ser capaces de predecir lo que va a pasar mañana, el mes próximo y el año que viene; y de explicar después por qué no ocurrió lo que predijeron*”. Los economistas tienen, en general, la curiosa virtud de predecir el pasado, de olvidar rápidamente las profecías fallidas y de justificar, con todo lujo de argumentos y datos, las estimaciones cumplidas. Como en los tiempos de mayor convulsión social en la vida de un país, es esta una época de predicadores en forma de economistas que, con posiciones tan aparentemente distantes como las de Krugman¹ y Greenspan², por citar sólo dos ejemplos, acaban

¹ KRUGMAN, P.: “Stay the course” en *The New York Times*, 15/6/2009. Aboga por mantener los estímulos públicos y planes de rescate en una situación aún tremendamente peligrosa por la escasez de liquidez, alegando que la política monetaria restrictiva y de estabilización presupuestaria que puso en marcha Roosevelt en 1937 evitó que la recuperación de la economía iniciada en 1933 se consolidara hasta la Segunda Guerra Mundial. En “A bit more on too big to fail and related” en *The New York Times*, 18/6/2009 se muestra claramente partidario de la regulación: “*So my view is that you can’t run a financial system without a fairly active regulatory role; autopilot just won’t do the trick*”.

sugiriendo recetas de mayor intervención pública (en definitiva, de socialización de proyectos empresariales frustrados), aumento de la regulación (en particular, sobre el papel de las agencias de calificación crediticia, los fondos de inversión, los *hedge funds*, los derivados y en especial los *credit default swaps*, etc.) y aumento de la supervisión³. Estas medidas empiezan a trascender al sector financiero para afectar a la industria en general (los ejemplos de General Motors o Chrysler son buena prueba de ello). Y eso a pesar a que el aumento del proteccionismo económico y del intervencionismo público tras el *crash* del 29 fue una de las causas, si bien no la única, que explicó que la recuperación se retrasara durante casi una década, como el propio Galbraith (aprendiz de economista en aquellos tiempos, pinche de la recuperación e historiador del periodo) no dudó en reconocer⁴.

Estas medidas pugnan con una de las esencias de la economía de mercado (por el momento, con todas sus carencias, el mejor sistema económico que se ha ensayado): fomentar la existencia de ganadores y perdedores, sean individuos, empresas, países o regiones y que los agentes económicos sean retribuidos o penalizados en función de sus decisiones individuales de inversión. Tardaremos algún tiempo en contrastar si esas medidas estimulan el progreso económico o, por el contrario, lo lastran.

En unos años, se advertirá sin embargo que algunas de las medidas anticrisis que se han ido introduciendo en los últimos meses no fueron la causa de la deseada recuperación, ni de la recelada depresión, si es que es ese el mañana que nos espera. Y ello porque son medidas meramente cosméticas, cercanas a combatir un cáncer con aspirinas. Probablemente no agraven la enfermedad, pero tampoco curan. Algo de eso supone, en nuestra opinión, la norma que hoy queremos comentar.

El Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias (en adelante, el “**RD-L**”) ha introducido un régimen extraordinario, y temporalmente limitado, de excepción a las obligaciones de (a) reducción obligatoria de capital por pérdidas y (b) de disolución por pérdidas graves que resultan de los artículos 163.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en adelante, la “**LSA**”), en el primero de los casos, y de los artículos 260.1.4º LSA y 104.1.e) de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante,

² GREENSPAN, A.: “The Fed didn’t cause the Housing Bubble” en *The Wall Street Journal* 11/3/2009: “Our challenge in the months ahead will be to install a regulatory regime that will ensure responsible risk management on the part of financial institutions, while encouraging them to continue taking the risk necessary and inherent to any successful market economy”.

³ Véase, por ejemplo, el denominado “Informe Larosier” elaborado en el seno de la Unión Europea sobre las instituciones y mercados financieros europeos (puede verse un resumen en http://ec.europa.eu/commission_barroso/president/pdf/statement_20090225.pdf).

⁴ GALBRAITH, J.K.: *El Crash de 1929*, Barcelona 2009, Ariel (edición en español), pág. 195 y ss.

“LSRL”), en el segundo. La norma, según expresa literalmente, afecta únicamente al régimen societario de reducción de capital obligatoria por pérdidas y de disolución por pérdidas severas “*sin que ello suponga, por lo demás, alteración del correspondiente régimen contable*”.

La Disposición Adicional Única del RD-L (en adelante, la “DAU”), bajo el título “*Cómputo de pérdidas en los supuestos de reducción obligatoria de capital social en la sociedad anónima y de disolución en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*”, difiere durante los dos ejercicios económicos cerrados tras la entrada en vigor del RD-L (el 13 de diciembre de 2008), las citadas obligaciones sólo con ocasión de las pérdidas por deterioro declaradas en las cuentas anuales de las sociedades mercantiles derivadas del “*Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias*”.

Así, la aplicación de la DAU implicará que las sociedades que, por haber sufrido pérdidas por deterioro derivadas del inmovilizado material, de las inversiones inmobiliarias o de las existencias, tengan un patrimonio neto inferior a los dos tercios del capital social (en el caso de las sociedades anónimas) o inferior a la mitad del capital social (tanto en anónimas como en limitadas), no quedarán sujetas a la obligación legal de reducción de capital, si el patrimonio no se recuperara en un ejercicio económico, en el primer caso, ni se encontrarán en causa de disolución por pérdidas, en el segundo; todo ello sin perjuicio de la obligación de reflejar adecuadamente estas pérdidas en las cuentas anuales de estas sociedades.

Una de las consecuencias más relevantes de tal excepción al régimen legal de reducción de capital obligatoria por pérdidas o de disolución por pérdidas severas es la relativa a la responsabilidad de los administradores: en los casos amparados por la DAU, los administradores no tendrán obligación de promover la recapitalización de la sociedad o su disolución, incluso judicial ni, en consecuencia, incurrirán en responsabilidad legal alguna si no lo hicieran.

La DAU ha merecido bastantes juicios críticos. En primer lugar, porque no altera el presupuesto objetivo del concurso, sino que sólo excepciona el régimen legal de reestablecimiento del patrimonio deteriorado por pérdidas severas y por tanto, no contribuye a reducir las incidencias concursales, ni mejora las expectativas de las empresas en trance concursal o preconcursal⁵. En segundo lugar, porque podría inducir a error a los que contraten con la sociedad, que ya no podrán asumir una mínima correlación entre el capital social publicado por el registro mercantil y el patrimonio social (que es lo que resulta del régimen general que la DAU excepciona)⁶. Y, por último, porque no hay ninguna seguridad (más bien al contrario) de que esas pérdidas

⁵ MUÑOZ GARCÍA, A.: “La causa disolutiva por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la Ley 16/2007 de 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre”, *Revista de Derecho Mercantil* nº 270, 2008, pág. 1.465.

⁶ COELLO DE PORTUGAL, I.: “Patente de corso”, *Expansión* de 17 de diciembre de 2008, pág. 2.

por deterioro ahora generalizadas en las empresas vayan a poder recuperar el valor de los activos afectados en el escaso plazo temporal de aplicación de la DAU: si esas pérdidas no sólo no se recuperan, sino que incluso aumentan durante los ejercicios a los que es de aplicación la DAU, ésta no habrá hecho sino atrasar y agravar la situación que pretendía resolver⁷. Se apunta incluso un efecto colateral de la DAU y es que puede incentivar aún más la bajada de precios (las empresas que se encuentren incursas en causa de disolución por otros motivos estarán incentivadas a corregir o a corregir aún más los valores de las partidas Inmovilizado Material, Inversiones Inmobiliarias o Existencias para beneficiarse de la aplicación de la DAU y no disolverse ni reestablecer el equilibrio patrimonio-capital sin que sus administradores incurran en responsabilidad)⁸.

2. El régimen general del reestablecimiento del patrimonio neto o la disolución de los artículos 260 LSA y 104.1.e) LSRL

El art. 260.1.4º LSA (análogo al art. 104.1.e) LSRL) establece la disolución de la sociedad “[p]or consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social”.

Los mecanismos de disolución obligatoria por pérdidas de los artículos 260.1.4º LSA , 104.1.e) y 142.1.a) LSRL tienen su origen en el artículo 17 de la Segunda Directiva del Consejo, de 13 de diciembre de 1976 (77/91/CEE) que impone la obligación de convocar junta general en caso de pérdida grave del capital suscrito, para que por ésta se acuerde la disolución o cualquier otra medida, dejando la norma comunitaria margen al legislador nacional para que establezca la medida del desbalance patrimonial o pérdida grave que activa el mecanismo “sin que pueda exceder de la mitad del capital suscrito”.

La causa de disolución desaparece si, pese a la existencia de patrimonio neto inferior a la mitad del capital social, se procede al aumento o a la reducción del capital social de forma tal que el patrimonio neto de la sociedad, tras la realización de dicha(s) operaciones, resulta ser al menos igual a la mitad del capital social, aunque no se restablezca completamente el equilibrio entre capital y patrimonio⁹. Aunque sea con alcance excepcional y limitado en el tiempo, la DAU viene a contrariar este límite máximo de la pérdida grave definido en la legislación comunitaria, siendo quizá atacable por esta razón, dado que permitirá que sociedades que se encuentren con un patrimonio neto contable inferior a la mitad del capital no queden obligadas a convocar a sus juntas generales para que resuelvan sobre la disolución o, en alternativa, el aumento o reducción del capital en medida bastante.

⁷ ALCOVER GARAU, G.: El Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 10/2009, pág. 462.

⁸ COELLO DE PORTUGAL, I.: “Patente...” *op. cit.*, pág. 3.

⁹ Resolución DGRN 3 de marzo de 1983 (RJ 1983/1657).

La causa de disolución por pérdidas graves de los arts. 260.1.4º LSA y 104.1.e) LSRL se completa con la imposición de dos obligaciones legales a cargo de los administradores y de un régimen de responsabilidad por las deudas sociales, para el caso de infracción. Las obligaciones a cargo de los administradores comprenden la de convocar la junta general en el plazo de dos meses desde el afloramiento de la causa de disolución (arts. 262.2 LSA y 105.1 LSRL) y la de solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social de la junta fuera contrario a la disolución o no pudiera ser logrado (y, obviamente, se mantuviera la causa de disolución), en el plazo de dos meses, a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado (arts. 262.4 LSA y 105.4 LSRL).

La infracción de estas obligaciones convierte a los administradores en solidariamente responsables de las deudas sociales (arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL), responsabilidad que podrán reclamar la propia sociedad, los accionistas, socios o terceros (arts. 133-135 LSA y 69 LSRL).

Esta responsabilidad de administradores (una de las cuestiones más debatidas en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo) ha venido configurándose en la doctrina y la jurisprudencia como una sanción casi objetiva, que se impone por el solo hecho de no haber promovido temporáneamente la disolución en situación de desbalance patrimonial, sin requerir culpa del administrador, ni relación de causalidad entre la infracción del deber y el quebranto para el demandante. El Supremo sólo ha rechazado la responsabilidad cuando el acreedor demandante era concedor cabal de la situación de la sociedad al contratar, cuando se comportó de forma contraria a la buena fe o cuando había créditos compensables de la sociedad contra el demandante y últimamente, cuando los administradores hayan hecho “*esfuerzo significativo a la hora de evitar el daño*”, adoptando medidas (obviamente infructuosas) encaminadas a mejorar la situación económica de la empresa y aumentar su liquidez, por más que la sociedad no se disolviera, ni redujera capital ni solicitara el concurso¹⁰.

Aunque la naturaleza y la función de la responsabilidad solidaria de los administradores por la no promoción oportuna de la disolución ha sido y continúa siendo polémica¹¹,

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6059).

¹¹ Afirmando el carácter de sanción civil: SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 483 y ss.; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, Mª. I.: “Artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL, versión 2005”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 26, año 2006-1, pág. 653. En contra, RODRIGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTIN, F.: “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA) STS 1ª de 16 de diciembre de 2004”, *Revista de Derecho de Sociedades* nº 24, año 2005-1, pág. 310; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTIN, F.: “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL). STS 1ª, 9 de enero de 2006 (RJ2006, 199)”, *Revista de Derecho de Sociedades* nº 26, año

puede considerarse ya mayoritaria la posición que rechaza su carácter punitivo o retributivo, fundamentalmente, porque se extingue con el pago de la obligación social por la sociedad y porque cabe que el deber exigido sea cumplido por cualquier otro interesado (*ex* artículos 262.3 LSA o 105.3 LSRL), evitándose entonces la responsabilidad. Si no tiene carácter punitivo, no se aplicarían las Disposiciones Transitorias del Código Civil (“CC”) que excluyen la aplicación retroactiva de normas sancionadoras o que obligan a la aplicación retroactiva de la regla sancionadora más benévola. Esto implica que la DAU ha de aplicarse respecto de las pérdidas evidenciadas en las partidas indicadas tras la entrada en vigor de la DAU, sin que enerve o extinga la responsabilidad de los administradores que no hayan temporáneamente promovido la disolución de una sociedad que haya sufrido tales deterioros en el pasado al punto de situarse ya, antes de la entrada en vigor de la DAU, en situación de responsabilidad (y ello aunque aún no se hubiera demandado aún tal responsabilidad).

El régimen legal de reestablecimiento del patrimonio deteriorado por pérdidas severas tiene una clara finalidad preconcursal: se pretende establecer un mecanismo de alerta temprana, que fomente la iniciación de la disolución de la sociedad para que así desaparezca antes de que las pérdidas aumenten y generen una situación de insolvencia.

La reducción obligatoria de capital por pérdidas y el mecanismo de disolución o reestablecimiento del patrimonio afectado por pérdidas severas también responden al objetivo de asegurar la correspondencia o integridad del capital en las sociedades mercantiles, que se articula como mecanismo de protección de los que contratan con la sociedad y, especialmente, de sus acreedores. La limitación de responsabilidad propia de las sociedades mercantiles impone el aseguramiento de una mínima correlación entre patrimonio y capital: los que contratan con la sociedad podrán razonablemente suponer que el patrimonio social es superior a la mitad del capital (que consta reflejado en todo momento en el registro mercantil) pues si, a consecuencia de pérdidas, llegara a ser inferior, dichos terceros pueden suponer que se habrán iniciado temporáneamente (en el corto plazo de los dos meses desde que se evidencie tal desequilibrio patrimonial que prevé la norma), el trámite de disolución de la sociedad o, en alternativa, se habrá aumentado o disminuido el capital en la medida suficiente para asegurar esa correlación mínima entre capital y patrimonio. Se ha dicho que la función más relevante del capital social, como concepto jurídico distinto del patrimonio, es la de servir de garantía en favor de terceros, especialmente acreedores sociales, de la existencia de elementos activos suficientes para el pago de las deudas sociales, obstaculizando mediante la retención, la salida de elementos patrimoniales cuando el patrimonio descienda por debajo de la cifra de capital (limitación de la distribución de dividendos del art 213 LSA -aplicable a las limitadas por la remisión del art. 84 LSRL; derecho de oposición de acreedores en reducciones de capital salvo para compensación de pérdidas del art. 166

LSA) o bien estableciendo mecanismos adicionales de garantía en favor de los acreedores que obliguen al reestablecimiento de la desproporción entre capital y patrimonio (reducción obligatoria de capital del art. 163 LSA o expediente de disolución forzosa por pérdidas graves de los arts. 260.1.4º LSA y 104.1.e) LSRL)¹².

Pero la causa de disolución por pérdidas graves tiene también como beneficiarios a los propios socios y accionistas, dado que la existencia de pérdidas severas amenaza la continuidad de la empresa al suponer una incertidumbre sobre el éxito o fracaso del proyecto empresarial en el que los socios o accionistas han confiado, estimándose de toda relevancia para sus intereses conocer de forma inmediata la existencia de una situación de pérdidas agravadas¹³.

3. Interpretación estrictamente literal de la DAU

La DAU restringe la aplicación de la excepción al régimen general de la reducción de capital obligatoria por pérdidas del art. 163.1 LSA y de la disolución por pérdidas graves de los arts. 260.1.4.º LSA y 104.1.e) LSRL respecto de *“las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias”*.

La DAU sólo aplica respecto de la causa de disolución por pérdidas agravadas y no respecto de la causa de disolución por imposibilidad de realización del objeto o fin social de los arts. 260.1.3º LSA o 104.1.c) LSRL, aún cuando esa imposibilidad resulte efectivamente de las mismas pérdidas por deterioro porque, tratándose de una regla excepcional, sólo puede aplicarse a los casos previstos en ella.

La ausencia de definiciones legales expresas de los conceptos utilizados en la DAU (Inmovilizado Material, Inversiones Inmobiliarias y Existencias), la utilización de términos en mayúscula, la referencia a las cuentas anuales y la coincidencia exacta con la denominación de los epígrafes II (“Inmovilizado Material”) y III (“Inversiones Inmobiliarias”) del Activo no corriente y el epígrafe III (“Existencias”) del Activo no corriente del modelo de cuentas anuales, así como de los subgrupos de cuentas 21-“Inmovilizado Material” y 22-“Inversiones Inmobiliarias” del Grupo 2 y del Grupo 3-“Existencias” del PGE puede fácilmente llevarnos a pensar que sólo entran en el supuesto de hecho de la DAU las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales que afecten a dichas partidas contables y no a otras, tales como las que afecten a los subgrupos 20.“Inmovilizaciones Intangibles”, 24.“Inversiones financieras a largo

¹² GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C.: voz “Capital social” en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, ALONSO LEDESMA, C. (dir.), Madrid, 2006, pág. 286. MENÉNDEZ, A. y VAQUERIZO ALONSO, A.: “Artículo 1. Concepto” en *VVAA, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA (dirs.), Tomo III, Madrid 2007, pág. 75.

¹³ SACRISTAN BERGIA, F.: *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Marcial Pons, Madrid 2003, pág. 109.

plazo en partes vinculadas”, 25. “Otras inversiones financieras a largo plazo” o 26. “Fianzas y depósitos constituidos a largo plazo”. En definitiva, la redacción sugiere que la DAU sólo es aplicable en relación con las pérdidas incluidas dentro del subgrupo 69. “Pérdidas por deterioro y otras dotaciones”, específicamente las cuentas bajo los epígrafes 691 -“Pérdidas por deterioro del inmovilizado material”-, 692 -“Pérdidas por deterioro de las inversiones inmobiliarias”- y 693 -“Pérdidas por deterioro de existencias”¹⁴.

En esta interpretación literal estricta, no cabría considerar las pérdidas por deterioro evidenciadas en otras partidas, aunque también tengan carácter coyuntural y sean consecuencia de la crisis, incluso aunque pueda razonablemente estimarse que se recuperarán en el corto plazo. Esto ha merecido alguna crítica entre los escasos autores que han analizado la DAU¹⁵. Si la interpretación literal fuera la correcta, las pérdidas por deterioro de un inmueble reconocidas en las cuentas anuales de una sociedad que pudieran trascender a las cuentas anuales de su sociedad matriz mediante las provisiones por depreciación de la cuenta 29-“Deterioro de valor de activos no corrientes”, deberían ser incluidas para determinar el importe del patrimonio neto a efectos societarios de la matriz. Esto implicaría la no aplicación a dicha sociedad matriz de la excepción temporal al régimen legal de reducción de capital obligatoria por pérdidas y disolución por pérdidas graves respecto de las pérdidas por deterioro reconocidas en sus cuentas anuales relativas a su inversión de cartera en la sociedad filial, aunque éstas a su vez resulten de pérdidas por deterioro de inmuebles. Creemos que la interpretación literal no es la correcta.

4. Interpretación de la DAU atendiendo al contexto, los antecedentes, la realidad social y la finalidad y el espíritu

4.1 Con carácter general: la finalidad y el espíritu como criterios hermenéuticos preponderantes

La interpretación literal de una norma no es la única posible, ni la auténtica, ni siquiera la más acertada. En ocasiones, la interpretación correcta no es la estrictamente literal o “lingüística” sino aquella que, siendo coherente con la letra, la supera completamente e incluso, a veces, aquella que contradice la interpretación literal o alguna de las posibles

¹⁴ El subgrupo 21. “Inmovilizado Material” incluye los activos tangibles no corrientes de la empresa afectos a su actividad por periodos superiores a un ejercicio y que no se incluyen en otros subgrupos, especialmente el 22. El subgrupo de cuentas 22. “Inversiones Inmobiliarias” incluye los activos no corrientes que sean inmuebles y que se posean para obtener rentas, plusvalías o ambas, en lugar de para su uso en la producción o suministro de bienes o servicios, o bien para fines administrativos o su venta en el curso ordinario de las operaciones. El Grupo 3-“Existencias” engloba los activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación (lo que incluiría los inmuebles de sociedades cuyo objeto social sea la promoción y venta de inmuebles).

¹⁵ MUÑOZ GARCÍA, A.: “La causa disolutoria...” *op. cit.*, nota a pie 56.

interpretaciones literales. Y ello porque el art. 3.1 CC obliga a atender “*fundamentalmente*” al espíritu y finalidad de las normas para su interpretación.

La doctrina ha rechazado el carácter de la interpretación literal como única o como canon preponderante: “*en ningún caso basta la interpretación gramatical de toda regla jurídica; aún la de apariencia más clara gramaticalmente, requiere una interpretación jurídica conforme a su fin. [...] El texto legislativo más claro necesita de la interpretación y no sólo porque el lenguaje requiere siempre una interpretación racional, sino por ser necesario averiguar su sentido normativo. [...] El único procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es pues, el finalista o teleológico, que además es el más seguro y más respetuoso hacia la autoridad del legislador, al que presume razonable o justiciero*”¹⁶.

La búsqueda de la finalidad y el espíritu de una norma legal es clave en su interpretación: “*tener presente el fin de la ley es algo que no es un mero elemento de interpretación, sino la clave fundamental del criterio, que debe orientar aquélla*”¹⁷. Y es que “*interpretar una ley [...] consiste en explicar su sentido frente a un caso concreto, declarar cual es, puesta en contacto con la realidad, el resultado práctico del mensaje que contiene*”¹⁸. La meta de la interpretación legal es la “*averiguación del sentido o el espíritu del precepto*”¹⁹; “*hay que encontrar, a través de la letra de la ley e incluso más allá, el espíritu que anima dicha ley*”²⁰.

Aunque se podría inicialmente pensar que la interpretación por cualquiera de los cánones hermenéuticos distintos de la literalidad sólo se hace necesario cuando la norma es oscura, “*incluso para saber si es claro el texto, hay que interpretarlo*”²¹. No es por ello posible prescindir de la interpretación, incluso de la norma con tenor literal más obvio: “[...] *en la técnica de la interpretación de las normas, el legislador no ha dicho todo lo que quería decir, por lo que se encomienda a los jueces ese labor interpretativa*”²².

La jurisprudencia sigue desde muy antiguo la misma línea. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1950 establece que “[...] *si bien en materia de interpretación de normas es preciso partir de la literalidad de su texto, no puede menos*

¹⁶ DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, T 1, Civitas, 2008, pág. 515.

¹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, T: 1 Introducción y Parte General*; V 1, 11ª ed., Edisofer, 2006, pág. 155.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil Parte General*, T I ;V 2, 2ª ed., Dykinson, pág. 257.

¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, op. cit.*, pág. 155.

²⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil, Introducción Teoría del Contrato*, V I, Civitas, 2007, pág. 721.

²¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. TI, Capítulo I, La Ley, 4ª ed., pág. 16.

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2008 (AC 2008/497).

de tenerse en cuenta el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico". El mismo tribunal, en sentencia de fecha 13 de octubre de 1952, señaló que *"no es posible interpretar los preceptos legales ateniéndose exclusivamente al tenor literal de los mismos"*. Finalmente, en sentencia de 20 de enero de 1962, el Supremo enfatiza que *"su recta interpretación y aplicación [de una norma] exige entrar en el espíritu de la ley conforme al fin para el que fue dictado"*.

En definitiva, cualquier norma exige interpretación, por más simple y clara que sea su formulación; en la interpretación, debe prestarse atención a todos los cánones hermenéuticos, entre los que debe tener lugar preponderante, el espíritu y la finalidad de la norma. Y sobre la base de éstos, podríamos llegar a una interpretación "declarativa" (aquella plenamente conforme con la literalidad de la norma), "restrictiva" (cuando el espíritu de la regla restringe su literalidad) o "extensiva" (en el caso contrario)²³.

4.2 La imposibilidad de la interpretación analógica; interpretación extensiva versus interpretación analógica

La DAU tiene carácter temporal, ya que sólo surtirá efectos durante los dos ejercicios que se cierren tras la entrada en vigor del RD-L, el 13 de diciembre de 2008. Esto quiere decir que la DAU se aplica únicamente a los dos ejercicios sociales cerrados como máximo hasta el 12 de diciembre de 2010 y, para la sociedades en las que el ejercicio social coincida con el año natural, se aplicará a los ejercicios cerrados el 31 de diciembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009.

El artículo 4.2 CC prohíbe aplicar las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal a *"supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas"*. Es verdad que *"las normas temporales suelen ser excepcionales, pero la prohibición de la analogía se debe de basar en la excepcionalidad, que no es sinónima de temporalidad"*²⁴.

La DAU es también una norma de carácter excepcional, emanada en un contexto concreto de crisis internacional (como se encarga de recordar la exposición de motivos del RD-L), y que excepciona el régimen general de reducción obligatoria de capital y de disolución por pérdidas graves de la LSA y la LSRL.

La prohibición de la aplicación analógica de una norma excepcional, sin embargo, no impide su interpretación extensiva: *"[...] en el resto de normas excepcionales se imponen precisiones, a pesar de la opinión divulgadísima en favor de la exclusión de la*

²³ ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T 1, V 1, Revista de derecho Privado, 1995, pág. 524.

²⁴ GULLÓN BALLESTER, A.: *Comentarios al Código Civil (artículos 1 a 89)*, Bosch, 2000.

*analogía, pero en favor de la admisión de la interpretación extensiva*²⁵. La jurisprudencia así lo ha declarado de forma concluyente: “[...] *la posibilidad de llevar a cabo una interpretación extensiva debe mantenerse, por cuanto no es recomendable en caso alguno encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin completar y controlar sus resultados mediante el empleo de los demás elementos racionales, históricos y sistemáticos, que han de poner claro el verdadero espíritu y alcance de la norma*”²⁶. No obstante, “[...] *la diferencia que separa la interpretación extensiva de la analogía de las normas radica en sus efectos normativos, pues mientras la primera proyecta una norma a un caso no previsto en ella, en la inteligencia de que, implícitamente, lo incluye, la segunda consiste en la creación de una nueva norma, de tenor idéntico a la que previamente se ha considerado, para aplicarla a un caso carente de regulación*”²⁷.

Por tanto, si bien no cabe la aplicación analógica de la DAU, dado su carácter excepcional, es posible su interpretación extensiva, si ello fuera menester atendiendo a su finalidad y espíritu.

4.3 La finalidad y espíritu de la DAU

Son escasos los elementos disponibles para aprehender la finalidad de esta norma. Puesto que se enmarca en un decreto-ley, no existen anteproyectos, proyectos o proposiciones de ley, ni antecedentes parlamentarios que ayuden a colegir el sentido y la finalidad de la norma (calificada, incluso, de “*sorpresiva*”²⁸).

El RD-L tiene como fin explícito (al que dedica sus cuatro artículos) aligerar las necesidades de liquidez (en particular, de capital circulante) de pequeñas y medianas empresas, que sean solventes y viables, pero que están sometidas a una situación transitoria de restricción del crédito, a consecuencia en última instancia del deterioro de los mercados financieros internacionales. Para ello, habilita una línea de crédito de diez mil millones de euros, la mitad de los cuales serán aportados por el ICO y la otra mitad por las entidades de crédito.

La exposición de motivos califica la DAU como una medida “*complementaria*” de lo anterior, que tiene como justificación un escenario generalizado y excepcional de debilidad económica internacional que origina pérdidas por deterioro coyunturalmente significativas en determinadas empresas, que en última instancia determinan, a través de su incorporación en la cuenta de pérdidas y ganancias, una reducción del patrimonio

²⁵ VILLAR PALASÍ, J.L.: *Interpretación y apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975. Ídem LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid 1994, traducción de la 2ª ed. alemana por RODRÍGUEZ MOLINERO, M. págs. 350 y ss.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1941.

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2008 (AC 2008/497).

²⁸ FERNÁNDEZ-SEIJO, J.Mª.: “Sombras de la ley concursal” en *Cinco Días* de 30 de enero de 2009.

neto relevante a los efectos de la aplicación de los regímenes legales de reducción obligatoria y disolución por pérdidas mencionados: *“La reciente evolución de la actividad económica internacional nos sitúa en un contexto excepcional. Las pérdidas por deterioro, coyunturalmente significativas en determinadas compañías, al incorporarse a la cuenta de pérdidas y ganancias habrían de computar a los efectos del cálculo de la pérdida del patrimonio neto en los supuestos señalados de reducción de capital y disolución”*.

En razón de esa situación generalizada de pérdidas por deterioro, que puede ser coyunturalmente significativa en determinadas empresas, justifica la exposición de motivos del RD-L la suspensión *“con una vigencia temporal de dos años y únicamente para los casos de pérdidas por deterioro del inmovilizado material, de las inversiones inmobiliarias y de las existencias, el régimen societario aplicable”*.

En la justificación, por tanto, la medida de aplazamiento o excepción temporal del régimen societario de reducción obligatoria de capital y disolución en caso de pérdidas graves se aplica únicamente respecto de las pérdidas por deterioro que afecten al inmovilizado material, a las inversiones en inmovilizado y a las existencias y no a cualesquiera otros elementos.

Más allá de su parte expositiva, sólo tenemos la reseña oficial que de su aprobación por el Consejo de Ministros se hizo el mismo día 12 de diciembre, y que declaraba como objetivo de la DAU ayudar *“a las empresas a hacer frente a las dificultades que se están planteando en estos momentos por la depreciación de sus activos”*, para lo cual proponía que *“[d]e manera excepcional, y sólo durante dos años, la disminución del patrimonio neto de una empresa por la depreciación del inmovilizado material, de las inversiones en inmovilizado y de las existencias, no se tendrá en cuenta a efectos de las reducciones de capital y de las causas obligatorias de disolución [...]”*.

La intención del legislador ha sido, como se explica en la parte expositiva del RD-L, favorecer a las empresas más afectadas por la actual crisis en que vivimos, eximiendo temporalmente a las empresas de las obligaciones legales de reducción obligatoria de capital y disolución por pérdidas derivadas del deterioro del valor de sus activos, singularmente de sus activos inmobiliarios y, en consecuencia, excepcionando el régimen general de responsabilidad de los administradores para el caso de infracción de dichas obligaciones legales.

Aunque ni la DAU ni la exposición de motivos del RD-L contienen referencias expresas, parece claro que las pérdidas que autorizan la relajación temporal del régimen general de reducción obligatoria de capital y disolución por pérdidas graves son de naturaleza coyuntural: el legislador entiende que, fruto de la crisis económica, las empresas sufren pérdidas de naturaleza puramente coyuntural, que se recuperarán en el futuro. De ahí que sólo se aplique la DAU en un ámbito temporal, además relativamente corto, y que no se establezca un régimen transitorio final (es decir, un régimen transitorio respecto de las pérdidas soportadas durante los dos ejercicios sociales

siguientes al 13 de diciembre de 2008 que no se disipen en dicho lapso y se mantengan una vez la DAU pierda vigencia). El legislador parte de la premisa, quizá errada, de que esas pérdidas coyunturales se desvanecerán²⁹.

El otro de los elementos que justifican la DAU, que también podemos inferir de la misma aunque no se declare de forma expresa, es que las pérdidas por deterioro del valor afectan de forma generalizada a las empresas. Es precisamente en razón de esa incidencia generalizada entre las empresas de las pérdidas por lo que el legislador relaja excepcionalmente el régimen legal que impone el principio de correspondencia mínima del capital y el patrimonio: cuando, por una situación de crisis total, una gran mayoría de empresas pueden estar aquejadas por idénticos deterioros, se pierde una de las razones que justifica el régimen legal de reducción obligatoria del capital y disolución por pérdidas graves, que es la de permitir a acreedores y socios discriminar o identificar proyectos empresariales errados, frustrados o inviables de los que no lo son. Si las empresas, todas las empresas, padecen situaciones análogas de pérdidas por depreciación, entendida por el legislador como coyuntural, ¿qué información diferencial transmite a los acreedores y socios el expediente de reestablecimiento del patrimonio del art. 163 LSA o el de disolución o reequilibrio patrimonial de los arts. 260.1.4º LSA o 104.1.e) LSRL en cuanto a la viabilidad de los proyectos empresariales? Ello quizá explique por qué la DAU no ha establecido un régimen de información obligatoria a los socios y terceros del acogimiento al régimen excepcional y transitorio de la DAU: si se asume que estas pérdidas afectan de forma generalizada a todas las empresas, y no sólo a las de un determinado ámbito o sector económico, se puede llegar a considerar ocioso o redundante obligar a las empresas a informar a sus socios o a sus acreedores del acogimiento al régimen excepcional de la DAU. Se trata de una opción de política legislativa en todo caso criticable, no sólo porque razones de seguridad jurídica y de mínima transparencia hacían conveniente que las sociedades informaran, mediante mención incluida en la memoria por ejemplo, de estar disfrutando de la relajación temporal del régimen general de reducción de capital obligatoria o disolución por pérdidas graves pese a presentar patrimonios netos inferiores a los dos tercios o la mitad del capital social, sino también porque esto contradice la obligación de informar a los socios de las situaciones de desbalance grave que impone el mencionado art. 17 de la Segunda Directiva en materia de sociedades.

4.4 Los antecedentes de la DAU

Aunque no existen antecedentes legislativos en España, la DAU debe ponerse en el contexto de las medidas adoptadas por otros legisladores para responder a la crisis. En particular, se observan grandes semejanzas con las medidas introducidas en la ley alemana para la estabilización del mercado financiero de 18 de octubre de 2008, que ha

²⁹ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: “Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas”, *La Ley*, Año XXX, nº 7156, 17 de abril de 2009, pág. 4. MUÑOZ GARCÍA, A.: “La causa disolutiva...” *op. cit.*, pág. 1.469.

supuesto la excepción del “sobreendeudamiento” (*Überschuldung*) como uno de los dos presupuestos objetivos de la insolvencia en Alemania (el otro es la incapacidad de pago actual o inminente) entre el 20 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010. Así, durante el indicado plazo, existirá “sobreendeudamiento” (o infracapitalización) como presupuesto objetivo de la insolvencia cuando el patrimonio del deudor no pueda cubrir las obligaciones existentes “*salvo en aquellos casos en los que la continuidad [de la empresa] es, bajo todas las circunstancias, bastante probable*”. Esta última parte ha sido la contribución de la citada ley para la estabilización del mercado financiero con el objetivo de evitar la situación de concurso para empresas que, no estando en situación de incapacidad actual o inminente de atender sus pagos, se encuentren en situación de sobreendeudamiento “*como consecuencia de la depreciación sufrida por sus activos, tanto financieros como inmobiliarios, a consecuencia de la crisis*”³⁰. Obviamente en los casos de excepción del presupuesto objetivo del concurso, no son aplicables las sanciones civiles (restitución de pagos realizados por la sociedad tras haber sobrevenido en situación de concurso) e incluso penales (pena privativa de libertad) que la normativa alemana impone a los administradores que incumplen el deber de promover el concurso en el plazo de tres semanas desde que la sociedad se encuentre en insolvencia.

La norma alemana, dictada un par de meses antes que el RD-L, sin duda influyó en la DAU. La única aunque no pequeña diferencia entre ambas está en que la regla alemana excepciona el presupuesto objetivo del concurso, en tanto que la española no. Ambas parecen orientadas a evitar poner en marcha los mecanismos legales de reestablecimiento del patrimonio disminuido como consecuencia de pérdidas por deterioro del valor de los activos que el legislador estima coyunturales.

4.5 La realidad social

En la interpretación correcta de la DAU debe sin duda atenderse a su verdadera finalidad, teniendo en cuenta el contexto en el que se ha aprobado, que no es otro que el de una crisis nacional e internacional de carácter tanto inmobiliario como financiero, que está provocando una elevada depreciación de los activos de las empresas, singularmente, de los activos inmobiliarios. Se ha afirmado que el ámbito subjetivo de la reforma comprende “*a las empresas, sean pequeñas, medianas o grandes, que acumulen sus pérdidas en el inmovilizado, siendo el caso prototípico en la práctica empresarial española el de las empresas inmobiliarias españolas, las verdaderas destinatarias excepcionales de la reforma*”³¹. E igualmente, que la DAU trata de “*atajar*

³⁰ NORMAN, W. y FERRÉ, J.: “La reforma societaria y concursal en Alemania (Especial referencia a la modificación del régimen de los préstamos de los socios”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 16, 2009-1, pág. 241.

³¹ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: “Últimas modificaciones...”, *op. cit.*, pág. 5. En el mismo sentido, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “De nuevo sobre la legislación contable” en *Revista de Sociedades*, nº 32, 2009 y CARRO ARANA, M.M. y SOUSA FERNÁNDEZ, F.: “Impacto del RDL 10/2008 en la

*un problema que no es típico de todas las pequeñas y medianas empresas españolas, sino de las sociedades de promoción inmobiliaria*³² y que sus modificaciones “*pueden aminorar las consecuencias de la actual situación de la crisis económica, y en particular respecto de las Empresas inmobiliarias (que fueron las que fundamentalmente sufrieron a lo largo del pasado año una reducción importante en el valor de mercado de sus existencias)*”³³.

Aunque la DAU no es una norma sectorial, aplicable sólo a las empresas de un sector (el de las inmobiliarias y promotoras inmobiliarias), las empresas inmobiliarias están en el ámbito evidente de aplicación de la DAU.

El RD-L señala que las pérdidas por deterioro que habilitan la excepción al régimen general legal del restablecimiento patrimonial de las sociedades mercantiles deben traer causa del inmovilizado material, de las inversiones inmobiliarias o de las existencias, pero mientras dichas partidas se enumeran en la exposición de motivos en minúscula, en la DAU se hace en mayúscula, sin establecer definiciones legales expresas, ni en la propia DAU, ni por referencia a la normativa contable. Ello nos lleva a pensar que el legislador no ha querido referirse de manera específica a partidas contables concretas, sino que ha utilizado unos conceptos genéricos para referirse al subyacente, al elemento patrimonial que debe estar sufriendo generalizadamente en el contexto de crisis actual los deterioros o pérdidas de valor que justifican la formulación del régimen excepcional y temporal de la DAU. Y entre esos subyacentes, no hay duda alguna que se deben incluir a los inmuebles, ya constituyan inmovilizado (en las empresas inmobiliarias), ya existencias (en las promotoras inmobiliarias). Apunta a esta interpretación la propia dicción literal de la DAU: cita con mayúsculas las cuentas de activo afectadas, pero no utiliza la mayúscula cuando se refiere a las pérdidas por deterioro; además, en vez de la denominación específica de las cuentas del subgrupo 69, la DAU se refiere a las pérdidas por deterioro “*derivadas*” de las partidas que, posteriormente, identifica.

Son efectivamente de naturaleza inmobiliaria la mayoría de los distintos elementos comprendidos en el epígrafe II del modelo de Cuentas Anuales-“Inmovilizado Material”, donde se agrupan la mayor parte de las cuentas del subgrupo 21 del PGE (terrenos y bienes naturales, construcciones e instalaciones técnicas) y todos los comprendidos en el epígrafe III “Inversiones Inmobiliarias”, que agrega el subgrupo 22 del PGE. En cuanto a las “Existencias”, su inclusión en la DAU parece que resulta más de la necesidad de extender el beneficio de la misma a sociedades que también han

reducción de capital, disolución y reparto del beneficio en un contexto de crisis económica” en *Reforma Contable* nº 210, mayo 2009, pág. 19.

³² ALCOVER GARAU, G.: “El Real Decreto-ley...”, *op. cit.*, pág. 461.

³³ SOLER LÓPEZ, C.J.: “¿Contribuirá efectivamente el Real Decreto-Ley 10/2008 de 12 de diciembre a reducir el número de solicitudes de declaración de concurso de acreedores?”, *La Ley* nº 7161 de 24 de abril de 2009, pág. 18.

sufrido pérdidas por deterioro en el valor de su activo corriente, sin discriminar en este caso en favor de activos de naturaleza inmobiliaria.

La realidad del tiempo en que la norma ha de ser aplicada es, ciertamente, de crisis económica generalizada y de pérdidas de valor generalizado en los bienes de las sociedades, de naturaleza importante o significativa de forma coyuntural en determinadas empresas, entre las que no pueden dejar de incluirse, en el caso concreto español, a las empresas inmobiliarias y a las promotoras inmobiliarias.

La actividad de las empresas inmobiliarias y de las promotoras inmobiliarias, en España y en el mundo, se desarrolla en nuestros días tanto directamente, a través de la producción, adquisición, explotación y venta de activos inmobiliarios, como indirectamente, a través de la adquisición, tenencia, explotación y venta de partes del capital de empresas con dicho objeto inmobiliario. La explotación indirecta, a través de sociedades instrumentales, no es una realidad aislada, que afecte sólo a empresas inmobiliarias o promotoras inmobiliarias de gran tamaño, con negocios fuera de España, y, en consecuencia, sometidas a múltiples regímenes legales y fiscales, sino que afecta también a las pequeñas y medianas, habitualmente como forma de desarrollo autónomo de promociones o proyectos inmobiliarios diferentes, dentro de la actividad general de explotación de inmuebles en renta o de promoción inmobiliaria de una empresa.

Forma parte de esa realidad social la existencia de vehículos societarios, de carácter meramente instrumental, que se interponen entre la empresa inmobiliaria o promotora inmobiliaria en sentido propio (que es la cabecera) y el negocio inmobiliario en sí. En ocasiones, estas sociedades filiales surgen, viven y mueren de forma coetánea al desarrollo de un determinado activo inmobiliario o promoción inmobiliaria, sin trascender su existencia al desarrollo de actividad alguna más allá de la adquisición, gestión, explotación y realización del proyecto concreto para el que se crearon, a modo de “sociedad de propósito único”. La sociedad matriz, por el contrario, desarrolla éste y aquél activo inmobiliario, ésta y aquella promoción inmobiliaria, a veces de forma directa, a veces constituyendo una compañía de propósito especial. Las razones que justifican la utilización de filiales en el sector inmobiliario son muy diversas, desde operativas, a razones de limitación del riesgo de las promociones concretas respecto de la matriz (la verdadera inmobiliaria), de encapsulamiento de los beneficios y riesgos de un determinado proyecto inmobiliario para facilitar su financiación externa (*ring-fencing*), de conveniencia fiscal o de asociación con otras empresas para la promoción de un proyecto inmobiliario. Pero lo que no puede negarse es que el negocio inmobiliario se desarrolla actualmente tanto directamente, como a través de la utilización de vehículos societarios, en ocasiones con sustantividad propia y las más de las veces con contenido puramente instrumental.

4.6 La interpretación de la DAU: la superación de la interpretación literal mediante la consideración de los restantes cánones hermenéuticos

Son varios los indicios que revelan que una interpretación literal estricta de la DAU, que impidiera que pudieran acogerse a ella las pérdidas experimentadas en una sociedad matriz como consecuencia de la pérdida de valor de los inmuebles de sus filiales, no sería adecuada.

Para empezar, la aplicación del régimen de excepción de la DAU a la filial pero su inaplicación a la matriz sería contrario a la lógica: en tanto que los acreedores y los accionistas o socios de la filial van a tener que “soportar”, porque el legislador lo ha considerado conveniente en un escenario excepcional de crisis generalizada, la desactivación de las alarmas preconcursales que suponen las obligaciones legales de restablecimiento de patrimonio por pérdidas (por ser de clara aplicación la DAU), los acreedores y accionistas de su matriz podrían imponer el respeto de los regímenes legales de reestablecimiento del patrimonio (por no aplicarse la DAU). Y este efecto se produciría aun cuando las cuentas de la matriz también reflejan, si bien indirectamente, a través de la depreciación de la cartera, la realidad de las mismas pérdidas del valor de los inmuebles de la filial (o una parte de ellas). La realidad subyacente (depreciación generalizada de los inmuebles de las empresas) es la misma en ambos casos e idéntica, por tanto, la justificación para excepcionar, de forma transitoria, los regímenes legales de protección. Debe tenerse en cuenta que, por la aplicación de las reglas contables, las correcciones de valor de los activos de una sociedad filial podrían, en el peor de los casos, trasladarse linealmente (euro a euro) a la corrección de valor de la cartera de su matriz, en aquellos supuestos en que el valor contable de la cartera en los libros de la matriz coincida exactamente con el valor contable de los activos de la filial en sus libros. En cualquier otra situación (es decir, en cualquier otro caso en el que el valor contable de la cartera en los libros de la matriz sea inferior al valor contable de los activos de la filial en sus libros), la pérdida experimentada por la filial por el deterioro del valor de sus activos se traslada sólo parcialmente (no euro a euro) a su matriz, a través de la corrección valorativa de la cartera de ésta. Por tanto, respecto de las pérdidas inducidas en la matriz (a través de la corrección del valor de su cartera) por el deterioro de los elementos patrimoniales de la filial, los acreedores de la matriz “soportan” un quebranto siempre igual o inferior, pero nunca superior, al que soportan los acreedores de la filial respecto de esas mismas pérdidas de la filial. Si la DAU obliga a los acreedores de la filial a soportar la relajación de las obligaciones legales, ¿por qué no ha de hacer lo mismo con los acreedores de la matriz que estarán sufriendo un perjuicio menor o, en el peor de los casos, igual, pero nunca superior?

La interpretación literal estricta también conduciría a otra conclusión carente de lógica, en relación a la aplicación coherente de las mayorías y quora exigidos para el acuerdo social “voluntario” de disolución de los artículos 260.1.1º LSA o 104.1.b) LSRL, por oposición de los exigidos al acuerdo de disolución “forzoso” derivado de pérdidas graves de los artículos 260.1.4º LSA o 104.1.e) LSRL: mientras que para los primeros

se exigen las mayorías y quórum reforzados de los artículos 103 LSA o 53.2.b) LSRL, para los segundos valen los simples de los artículos 102 LSA o 53.1 LSRL. Si la DAU no se aplicara a la matriz, pero sí a la filial, y ambas decidieran disolverse (en atención a la gravedad o incidencia de las pérdidas por deterioro de los inmueble tanto directas en la filial, como indirectas en la matriz), el acuerdo de disolución de la filial sólo podría adoptarse con las mayorías y quora agravados, en tanto que para el de la matriz bastarían los simples, y ello pese a que las pérdidas relevantes son las de los inmuebles que, obviamente, afectan directamente a la filial (y, por tanto, a los acreedores de la filial) y sólo indirectamente a la matriz (y a sus acreedores).

Por último, la interpretación literal estricta no tendría en debida consideración la finalidad y el espíritu de la DAU y desconocería la realidad social y económica en que tiene que ser aplicada y ello porque:

- (1) impediría que pudieran beneficiarse del aplazamiento excepcional de la obligación de disolución o reestablecimiento patrimonial previsto en la DAU las sociedades que desarrollaran el negocio inmobiliario a través de filiales, que constituye una realidad social incuestionable que la DAU no quiere obviar, respecto de las pérdidas experimentadas en los activos inmobiliarios subyacentes que se trasladen a las matrices a través de las oportunas provisiones por depreciación de carteras;
- (2) si es el carácter coyuntural, recuperable y generalizado de los deterioros de valor de los activos inmobiliarios subyacentes, entre otros bienes, lo que justifica la relajación del régimen legal de reducción obligatoria de capital y disolución por pérdidas para una sociedad inmobiliaria o promotora inmobiliaria, parece evidente que esas mismas notas de coyunturalidad, recuperabilidad y generalización concurrirán en los deterioros experimentados por las matrices en sus carteras de participadas inmobiliarias y promotoras inmobiliarias: tan pronto como la recuperación de la actividad económica disipe las pérdidas por deterioro sufridas en los activos inmobiliarios subyacentes, se recuperarán (como máximo en la misma medida) las pérdidas por deterioro de las carteras de las matrices³⁴;
- (3) no permitiría aplicar la excepción que la DAU contempla para las pérdidas por deterioro evidenciadas en la matrices respecto de los deterioros contabilizados en los activos inmobiliarios subyacentes por parte de las filiales, cuando la incidencia de las segundas respecto de la incertidumbre de la continuidad de las filiales en relación a sus acreedores es menor, o en el peor de los casos, igual que la incertidumbre que esas mismas pérdidas producen, a través de la dotación de depreciación de la cartera, respecto de la continuidad de la actividad de la matriz en relación a los acreedores de ésta;

³⁴

El mismo interrogante sobre la lógica de la exclusión de la depreciación de los activos financieros se formula en MARTÍNEZ CAÑELLAS, A.: “Medidas financieras y de contabilidad societaria de ayuda a pymes y a empresas con activos depreciados” en *Revista de Sociedades* n° 32/2009.

- (4) la propia literalidad de la norma parece permitir extender el beneficio de la DAU a cualquier pérdida que se derive de los deterioros indicados; los beneficios deberían así extenderse a cualquier deterioro sufrido, directa o indirectamente, que proceda de esta clase de activos.

Por ello, atendiendo a la finalidad y al espíritu de la norma, a sus antecedentes y a la realidad social en que ha de ser aplicada, creemos que la DAU no comprende únicamente las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales que afecten a elementos patrimoniales incluidos en los epígrafes II. “Inmovilizado Material” o III. “Inversiones Inmobiliarias” del Activo no corriente o en el epígrafe III. “Existencias” del Activo corriente de una sociedad, sino también a las que, por deterioro del valor de aquéllos, se trasladen a la partida de “Inversiones en empresas del grupo y asociadas a largo plazo” de su sociedad matriz y sean reconocidas en las cuentas anuales de ésta.

* * *