

TÍTULO DEL TRABAJO: LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS SOCIOS DE PYMES ANTE LA CRISIS.

AUTOR: JOSE RAMÓN PARRA BAUTISTA. SOCIO DIRECTOR DE LEALTADIS ABOGADOS. PROFESOR ASOCIADO. ÁREA DE DERECHO MERCANTIL. UAL.

DIRECCIÓN ELECTRÓNICA: jrparra@lealtadis.es

RESUMEN: La empresa en general, y la PYME en particular, como todo agente que interviene en el mercado, está sometida a diversas agresiones, tanto de carácter externo como interno, que, dado el objeto del presente estudio, han de ser, aunque sea de forma sucinta, relacionadas a fin de poder concretar de qué se debe de proteger esta suerte de empresa.

Agresiones externas, tales como la morosidad, la insolvencia, las responsabilidades de toda índole -fiscal, laboral, mercantil-..., pero también internas, como la paralización de los órganos sociales por desavenencias entre los socios -a veces multiplicadas de modo exponencial por los lazos de parentesco que unen a éstos-, la dificultad para la adopción de acuerdos que coadyuven de una manera eficaz y decidida en el desenvolvimiento de un proyecto empresarial/económico adecuado a medio y largo plazo, problemas en cuanto a la sucesión empresarial..., hacen que tengamos que acotar el presente estudio a fin de que el mismo no se distraiga por los vericuetos de lo imposible.

Partiendo de lo dicho, el presente estudio va a versar sobre los siguientes extremos:

- Medidas de refuerzo patrimonial que suele adoptar la PYME.
- Reorganización del patrimonio de los socios de una PYME y su protección frente a acreedores.
- Afectación del patrimonio personal de los socios de una PYME por el ejercicio de la actividad de la empresa.

Por último, y en un segundo bloque, será objeto de estudio la fiscalidad de la transmisión de la PYME.

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LAS PYMES ANTE LA CRISIS

1.- Introducción.

La empresa en general, y las PYMES en particular, como todo agente que interviene en el mercado, está sometida a diversas agresiones, tanto de carácter externo como interno, que, dado el objeto del presente estudio, han de ser, aunque sea de forma sucinta, relacionadas a fin de poder concretar de qué se debe de proteger esta suerte de empresa.

Agresiones externas, tales como la morosidad, la insolvencia, las responsabilidades de toda índole -fiscal, laboral, mercantil-..., pero también internas, como la paralización de los órganos sociales por desavenencias entre los socios -a veces multiplicadas de modo exponencial por los lazos de parentesco que unen a éstos-, la dificultad para la adopción de acuerdos que coadyuven de una manera eficaz y decidida en el desenvolvimiento de un proyecto empresarial/económico adecuado a medio y largo plazo, problemas en cuanto a la sucesión empresarial..., hacen que tengamos que acotar el presente estudio a fin de que el mismo no se distraiga por los vericuetos de lo imposible.

Partiendo de lo dicho, el presente estudio va a versar sobre los siguientes extremos:

- Medidas de refuerzo patrimonial que suele adoptar la PYME.
- Reorganización del patrimonio de los socios de la PYME y su protección frente a acreedores.
- Afectación del patrimonio personal de los socios de la PYME por el ejercicio de la actividad de la empresa.

2.- Medidas de refuerzo patrimonial que suele adoptar las PYMES.

Todo empresario diligente y ordenado ha debido de deslindar -en la medida de lo posible- de forma adecuada su patrimonio personal del patrimonio empresarial. Ello no obstante, el extraordinario ciclo por el que atraviesa nuestra economía, que está afectando de manera especial a las PYMES, y las urgentes necesidades de financiación que dichos negocio están requiriendo -con la petición por parte de la banca de superposición de garantías sobre las que normalmente se venían otorgando en otros ciclos económicos- están difuminando, cuando no confundiendo, la línea divisoria que

debe de separar dichos patrimonios. La confusión patrimonial que comentabos se produce básicamente como consecuencia, basicamente, de tres operaciones concretas:

a.- Concesión de avales personales -u otros tipos de garantías- por parte de los miembros de la familia que vienen a superponerse, para mayor garantía, a los que la empresa presta normalmente.

b.- Concesión de Préstamos a la empresa.

c.- Afectación directa de bienes personales al negocio (por ejemplo, mediante su aportación al capital social de dicho negocio).

En los tres supuestos descritos, resulta más que evidente que el socio expone su patrimonio a los diversos avatares en los que pueda verse inmerso o afectado el negocio que constituye la PYME.

3.- Reorganización del patrimonio de las PYMES y de sus socios, y su protección frente a acreedores. Especial referencia a la empresa familiar.

Es frecuente encontrar en el mercado con una familia propietaria de una o varias empresas, organizadas de forma tal que los socios de todas y cada una de ellas son, directamente y a título personal, los miembros de la familia.

Partiendo de esa estructura inicial, en la que como decimos los miembros de la familia son socios a título personal y de manera directa de las empresas familiares, la creación de la sociedad “*holding* ” requiere que dichos socios (familiares) aporten a una sociedad existente o de nueva creación -a la que denominamos sociedad “*holding*”- la totalidad de las participaciones sociales o acciones que cada uno posea en las empresas de la familia. De esta forma la familia solo participará de manera directa en la sociedad “*holding* ” que, a su vez, será el socio directo de todas las empresas de la familia.

¿Qué finalidad puede tener la constitución de dicha entidad "holding"?

Con la unificación de las participaciones sociales o acciones en una entidad que ostentará la condición de matriz, desde un punto de vista meramente empresarial, se permite que la empresa familiar tenga una estructura más simple, racional y económica de gestionar a futuro, facilitando con ello un crecimiento y eventual diversificación de las inversiones y negocios familiares de modo ordenado.

Es por ello que dicha reorganización del patrimonio familiar empresarial, suele contar, como principales objetivos, con los siguientes:

1°.- Simplificar la estructura empresarial, mejorando su nivel de coordinación y control.

2°.- Permitir abordar sin problemas adicionales decisiones en su caso de cooperación y diversificaciones.

3°.- Facilitar una sucesión generacional ordenada.

A su vez, desde un punto de vista fiscal, la constitución de la sociedad "holding" permite que dicha sucesión generacional ordenada, pueda realizarse a un coste fiscal muy reducido, toda vez que con ella se consigue de una manera sencilla reunir todos y cada uno de los requisitos previsto en el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.¹

Otro de los beneficios que incentivan la constitución de las entidades "holding" es facilitar el movimiento de tesorería dentro de las entidades que conforman el grupo familiar, evitando operaciones cruzadas de una sociedad a otra, con la única finalidad de "inyectar" tesorería a la entidad que lo necesite, así como acumular patrimonio en la referida entidad a un reducido coste fiscal, en tanto en cuanto el mismo no sea necesario repartirlo entre los socios.

Es decir, la normativa del Impuesto sobre Sociedades, permite exonerar, tanto de retención como de tributación², a los dividendos obtenidos por la entidad "holding", con

¹ El artículo 20.1.C LISD, dispone que: *"En los casos en los que en la base imponible de una adquisición mortis causa que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con arreglo a los apartados anteriores, otra del 95 % del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo. En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 %."*

² El artículo 30 deL Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, dispone: *"2. La deducción a que se refiere el apartado anterior será del 100 % cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al 5 %, siempre que dicho porcentaje se hubiere tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año. La deducción también será del 100 % respecto de la participación*

lo que dicha entidad podrá "recoger" los beneficios de las distintas entidades del grupo familiar mediante el oportuno reparto de dividendos, con el fin de prestarlas a aquella sociedad que lo necesite. A su vez aquellos beneficios que no sean objeto de reparto, tampoco tributarán en sede del impuesto personal de los socios, difiriendo con ello la tributación definitiva hasta el momento en que la familia tenga necesidad de que le sea distribuido el referido beneficio.

La constitución de la entidad "holding" puede hacerse de dos formas:

- Acogiéndose al régimen tributario general, que implica incorporar a la base imponible de la renta personal de los socios la ganancia patrimonial que se ponga de manifiesto en la operación de aportación para tributar por la misma, y, además, pagar el uno por ciento por el concepto de transmisiones patrimoniales (operaciones societarias) por la ampliación de capital que la sociedad "holding" ha de realizar; o

- Acogiéndose al régimen especial de "fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores", que es fiscalmente neutro y permite realizar estas operaciones sin coste fiscal. En este caso, la operación a utilizar es la aportación no dineraria de dichas participaciones sociales a la entidad holding, o bien, como operación que engloba a dicha aportación no dineraria, el denominado "canje de valores".

¿Qué es un canje de valores? Desde el punto de vista fiscal, el canje de valores es la operación por virtud de la cual una entidad -la que será la "holding"- adquiere una participación en el capital social de otra u otras -la/s participada/s-, que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella/s, o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios de ésta (la/s participada/s), a cambio de sus valores, de otros valores representativos del capital social de la primera entidad (la "holding") y, en su caso, cuando sea conveniente para ajustar el canje de los valores, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal de dichos valores o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

Para entender este concepto conviene analizarlo desde la óptica del derecho de sociedades. Desde este punto de vista, el canje de valores implica la realización de una aportación no dineraria a una entidad (la "holding") consistente en valores de otra

en beneficios procedentes de mutuas de seguros generales, entidades de previsión social, sociedades de garantía recíproca y asociaciones."

A su vez, el artículo 140.4, letra d) del citado RDL, dispone que no se practicará retención a Los dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el apartado 2 del artículo 30 de esta Ley.

entidad (la/s participada/s), que es efectuada por uno o varios de los socios de ésta, y que a cambio de esa aportación reciben valores representativos del capital social de la entidad que recibe esos valores (la "holding"). Si como consecuencia de esa aportación la entidad beneficiaria (la "holding") pasa a obtener la mayoría de los derechos de voto o amplía su participación si ya tenía la mayoría de la entidad participada (la/s participada/s), esa aportación se convierte en un canje de valores, que puede ser fiscalmente neutro. Si no es así la aportación no podrá ser conceptuada como canje de valores.

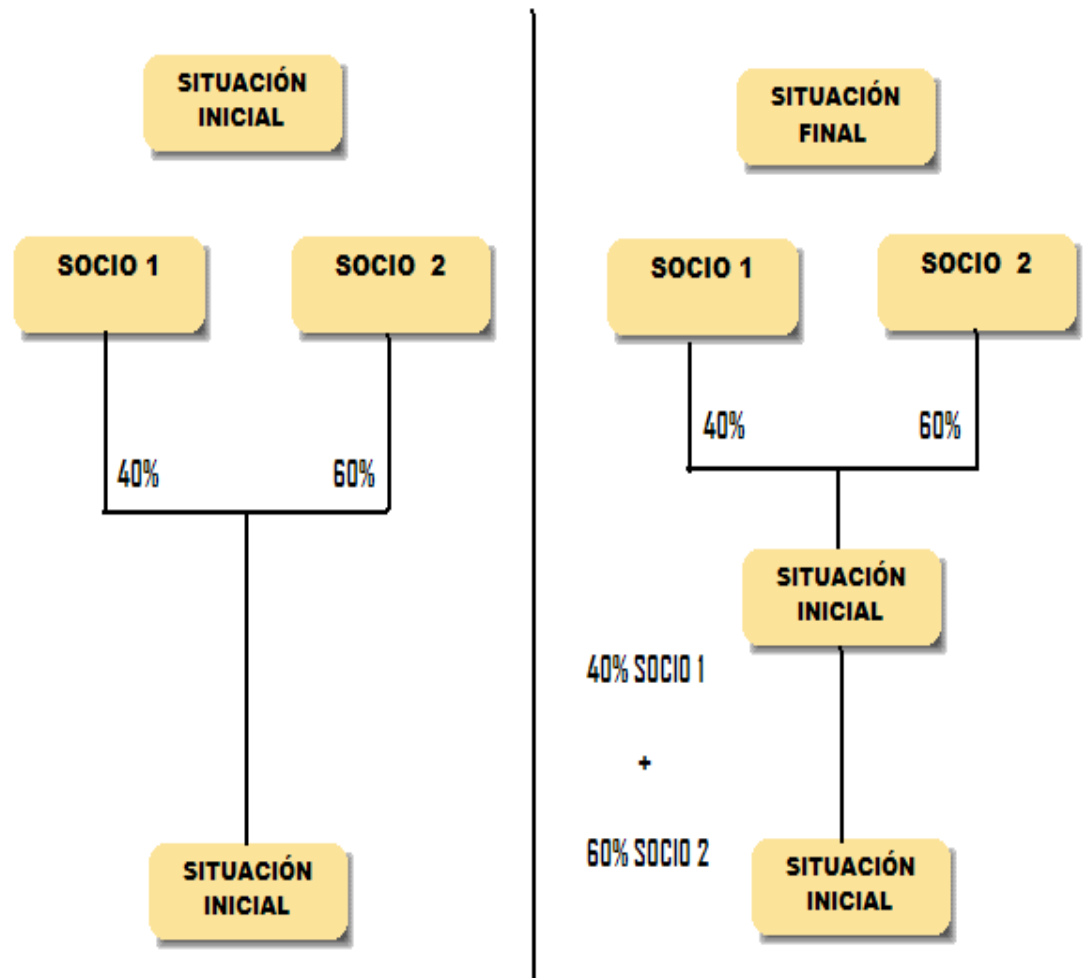
Para que el canje de valores pueda hacerse al amparo del régimen fiscal especial citado se exige, además de que la entidad beneficiaria obtenga la mayoría de los derechos de voto de la entidad participada, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea, o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España; y

- Que la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434 de la Unión Europea (relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros).

Para acogerse al régimen fiscal especial es necesario optar por el mismo y comunicarlo a la Administración Tributaria. La opción se ejercerá por la sociedad adquirente y deberá constar en la escritura pública en que se documente la operación. La comunicación deberá realizarla la entidad adquirente dentro del plazo de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción de la escritura pública citada, acompañando a la misma copia de dicha escritura y de los documentos que deban acompañar obligatoriamente a la misma.

CUADRO 1 : ESQUEMA DEL CANJE DE VALORES



CALENDARIO TENTATIVO
DE CONSTITUCIÓN DE UNA ENTIDAD HOLDING

FECHA ³	PASO	FASE DEL PROCESO
Paso previo	1°	<p>Estudio de las sociedades cuyas participaciones se van a aportar a la sociedad holding, a fin de detectar si cumplen o no con los requisitos marcados en el artículo 94 del TRLIS.</p> <p>Examen de las normas de limitación de transmisión que afectan a las mismas y obtención de las autorizaciones establecidas al efecto en los estatutos sociales</p>
	2°	Presentación de solicitud dirigida al Registro Mercantil Central para la obtención de certificación negativa de la denominación social “..... HOLDING S.L.” a favor del socio aportante o si son varios, de uno de ellos.
Transcurridos 3 días hábiles desde su solicitud⁴	3°	Obtención de la certificación negativa de la denominación “..... HOLDING

³ Salvo por el trámite consistente en la obtención de la certificación negativa de denominación social de la nueva sociedad, si es una sociedad la aportante, si los órganos sociales pudieran reunirse de forma universal, con la asistencia de todos sus miembros, sería posible otorgar la escritura de constitución sin mediar plazo alguno específico. La misma apreciación es aplicable a este supuesto en el que quien constituye es una persona física.

FECHA³	PASO	FASE DEL PROCESO
		S.L..”
Una vez obtenida la denominación	4º	Otorgamiento de la escritura pública de constitución de “..... HOLDING S.L..”
Una vez otorgada la escritura de constitución	5º	Solicitud de tarjeta CIF provisional a favor de “..... HOLDING S.L..”
Una vez obtenido el CIF	6º	Presentación de la autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad de Operaciones Societarias. ⁵
Una vez liquidado el ITP	7º	Presentación de la escritura pública de constitución en el Registro Mercantil de “..... HOLDING S.L..”
Transcurridos 15 días desde su presentación⁶	8º	Calificación e inscripción de la escritura de constitución de “..... HOLDING S.L..”
Antes de que transcurran 3 meses desde la inscripción de la escritura de constitución	9º	Presentación en la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria competente de la Comunicación de acogimiento de la operación al régimen de neutralidad

⁴ Según el artículo 411 RRM, el Registrador Mercantil Central calificará la solicitud de denominación en el plazo de 3 días hábiles a partir de su recepción, aunque la práctica indica que deberemos esperar aproximadamente entre diez y quince días desde nuestra solicitud.

⁵ Tener en cuenta la exención prevista artículo 45.1.b.10 del Real Decreto-Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre TRLITPAJD.

⁶ El artículo 39 RRM fija el plazo en que se practicarán las inscripciones, siempre que no medien defectos, en los 15 días siguientes al de la fecha del asiento de presentación. Si concurriese justa causa, dicho plazo podría ampliarse a 30 días.

FECHA ³	PASO	FASE DEL PROCESO
en el Registro Mercantil		fiscal contenido en el Capítulo VIII del Título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

4.-Afectación del patrimonio personal de los socios de una PYME por el ejercicio de la actividad de la empresa familiar.

Son diversos los supuestos previstos a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico que prevén, en mayor o menor medida, la afectación del patrimonio particular de los socios y/o administradores sociales de las PYMES como consecuencia de la actuación desarrollada por dicha empresa.

A fin de realizar una exposición ordenada, vamos a dividir los citados supuestos, por un lado, entre aquellos que encuentran su desarrollo fuera de la normativa prevista para las insolvencias (ámbito extraconcursal), y por otro, los que se regulan en la Ley concursal (ámbito concursal).

4.1.- Supuestos regulados en el ámbito extraconcursal.

Si la forma de organizarse la empresa es mediante una sociedad civil (cosa poco probable en sede de una familia ordenada), es evidente que los socios responderán de las deudas sociales con su patrimonio presente y futuro (art. 1911 Código Civil).

Por el contrario, si la empresa ha adoptado una forma societaria mercantil, normalmente sociedad anónima o limitada (prescindimos del resto de sociedades colectivas), la limitación de responsabilidad que caracteriza a dichas compañías impedirá -normalmente- que los socios puedan responder con su patrimonio personal de las deudas sociales.

Ello no obstante, no podemos decir lo mismo de aquellos miembros de la familia que integren el órgano de administración de la compañía, toda vez que éstos sí que estarán sometidos a un alto riesgo (patrimonial), toda vez que son numerosos los supuestos previstos en el orden fiscal, laboral, o mercantil, que pueden convertir el patrimonio personal de los mentados miembros de los órganos de administración en un patrimonio de refuerzo del de la compañía.

Veamos, siquiera de forma sucinta, los citados supuestos de responsabilidad:

4.1.1.- Supuestos de responsabilidad en el ámbito de la Ley General Tributaria.

Los supuestos de responsabilidad tributaria han sido configurados por el Legislador con la finalidad de asegurar, en la medida de lo posible, el cobro por parte de la Hacienda Pública de la deuda tributaria devengada por los obligados tributarios morosos.

Dichos supuestos de responsabilidad pueden ser de naturaleza solidaria o subsidiaria (exigen la previa declaración de fallido del deudor principal).

Normalmente la deuda que le podrá ser exigida al responsable será el que corresponda al deudor en periodo voluntario (por tanto con exclusión de recargos), si bien el impago en el plazo concedido al responsable implicara el inicio del periodo ejecutivo.

4.1.1.1.- Supuestos de responsabilidad solidaria (art. 42 LGT)

Los supuestos de responsabilidad solidaria regulados en la LGT, son los siguientes:

a) Responderán solidariamente de las obligaciones tributarias todas las personas que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Dicha responsabilidad abarca a las **sanciones. (art. 42.1.a)**

b) **Los partícipes o cotitulares de las entidades carentes de personalidad jurídica**, responderán solidariamente y en proporción a sus respectivas participaciones de las obligaciones tributarias materiales de dichas entidades. **(Art. 42.1.b)**

c) Las personas o entidades que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. **(Art 42.1.c)**

Los requisitos para que exista el mentado supuesto son los siguientes:

- Sucesión de titularidad jurídica de explotación económica.
- Sucesión por cualquier título
- Adquisición de elementos aislados que le permitan la continuidad de la actividad.

Limitación o exoneración de responsabilidad, mediante petición a la H.P del certificado de deudas de esa entidad. 175.2 en el supuesto de adquisiciones de titularidad de explotaciones y actividades económicas.

- En el supuesto que existan deudas y éstas sean certificadas en plazo de tres meses por la AEAT se **limita** la responsabilidad a las deudas certificadas.

- En el supuesto de que el certificado no contenga deuda alguna o no se expida en el plazo reglamentario de tres meses se **exonera** de este tipo de responsabilidad.

No abarca a las actividades económicas de un deudor concursado cuando la adquisición se ha realice en un procedimiento concursal.

d) Responsabilidad por comportamientos en el procedimiento de apremio (art.42.2 LGT). La LGT otorga la cualidad de responsables del pago de la deuda tributaria pendiente **incluidas las sanciones**, y en su caso de las sanciones hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar, a las siguientes personas:

- Los que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir su traba.

- Los que, por culpa o negligencia, incumplan las órdenes de embargo.

-Los que, con conocimiento del embargo, la medida cautelar o la constitución de la garantía, colaboren o consientan en el levantamiento de los bienes o derechos embargados o de aquellos bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la medida cautelar o la garantía.

-Las personas o entidades depositarias de los bienes del deudor que, una vez recibida la notificación del embargo, colaboren o consientan en el levantamiento de aquéllos.

Además, las Leyes reguladoras de los diferentes tributos, como por ejemplo Ley Impuestos Especiales, LIVA, ITPAJD, IRNR, establecen distintos supuestos de responsabilidad solidaria resaltando a estos efectos por la incidencia que tiene en el tráfico mercantil los supuestos contemplados en el artículo 87 de la LIVA:

Se consideran responsables solidarios, entre otros, los destinatarios de las operaciones que, mediante acción u omisión culposa o dolosa, eludan la correcta repercusión del impuesto, alcanzando la responsabilidad a **la sanción** que pueda proceder.

Asimismo, será responsable solidario el adquirente de un vehículo importado y el agente de aduanas responden solidariamente de la ocultación del precio real del bien.

Un destinatario de una empresa que exija de ésta la aplicación de tipos reducidos de IVA, será responsable solidario en caso de incorrecta aplicación de los tipos reducidos, pero no eximirá de responsabilidad a la misma.

4.1.1.2.- Responsabilidad subsidiaria.

La figura del responsable subsidiario aparece en el momento que se declara fallido el deudor principal y los demás responsables solidarios. La concurrencia de varios responsables subsidiarios posibilita que la deuda se exija íntegramente a cualquiera de ellos.

En lo que a administradores sociales se refiere, encontramos los siguientes supuestos de responsabilidad.

Primero.- Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. **Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones. (Art.43 .1 .a LGT).**

Los requisitos que deben concurrir por tanto son los siguientes:

- Comisión de una infracción tributaria por la sociedad administrada.
- Ser administrador de hecho o de derecho al tiempo de cometerse la infracción que no de la imposición de sanción.

- Conducta no diligente por parte del administrador. Incluye “culpa in vigilando”

Segundo.- Los administradores de hecho o de derecho serán responsables subsidiarios, de las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades de las mismas, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago. **(Art.43 .1 .b LGT).**

Los requisitos que deben concurrir por tanto son los siguientes:

- Cesación de hecho de la actividad de la persona jurídica teniendo la misma obligaciones tributarias devengadas y pendientes.

- Ser administrador de hecho o de derecho al tiempo del cese, extendiéndose la responsabilidad a las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas.

- No haber hecho lo necesario para el pago de esas obligaciones o haber adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago.

Tercero.- Formas societarias abusivas o fraudulentas **(art. 43.1. g y h LGT)**

En estos supuestos de responsabilidad subyace la posibilidad de que la Administración Tributaria pueda exigir en régimen de autotutela, es decir sin acudir a la jurisdicción correspondiente, que entidades interpuestas vengan obligadas a reforzar patrimonialmente a la compañía contribuyente deudora una vez que ésta ha sido declarada fallida por la citada administración. O dicho otra forma, nos encontramos ante un trasunto tributario de la conocida teoría mercantil del “levantamiento del velo”.

El primer supuesto permite la declaración de responsabilidad subsidiaria de aquellas personas o entidades que tengan un control efectivo de las personas jurídicas creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta, para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, cuando exista unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial. La responsabilidad se extiende a las obligaciones tributarias y a las sanciones de dichas personas jurídicas.

El segundo supuesto viene referido a las personas o entidades de las que los obligados tributarios tengan el control efectivo, o en las que concurra una voluntad rectora común con los mismos, por las obligaciones tributarias de éstos, cuando tales personas o entidades hayan sido utilizadas o creadas de forma abusiva o fraudulenta como medio de elusión de la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, siempre que concurren, o la unicidad de personas o esferas económicas o una confusión o desviación patrimonial. En estos casos la responsabilidad se extiende también a las sanciones.

La diferencia sustancial entre uno y otro supuesto de responsabilidad estriba en el hecho de que en el primer caso el responsable subsidiario recae en quienes ejercen el control de las obligadas tributarias creadas de forma abusiva o fraudulenta, y por el contrario, en el segundo, son las participadas, como decimos creadas con vocación de fraude o con la intención de ejercer como “pantallas”, las que pueden ser responsables de las deudas de aquellos que ejercen el control de las mismas.

Como puede verse requisitos comunes a estos supuestos de responsabilidad son los siguientes:

- 1º.- Control efectivo, tanto total como parcial, y ya sea o indirecto.
- 2º.- Acreditación de que las formas societarias han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta.

Cuarto.- Presentación reiterada de declaraciones por IVA o retenciones tributarias sin ingreso.

En el año 2012 se introduce un nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria, destinado a facilitar la acción de cobro contra los administradores de aquellas empresas que carentes de patrimonio, pero con actividad económica regular, realizan una

actividad recurrente y sistemática de presentación de autoliquidaciones formalmente pero sin ingreso por determinados conceptos tributarios con ánimo defraudatorio.

La existencia de esta responsabilidad va a exigir una importante planificación de las insolvencias de las compañías en los periodos previos a la presentación de concursos de acreedores, incluso obligándolas a causar baja en la actividad cuanto antes a fin de que los administradores sociales no se vean obligados a tener que decidir a quién efectúan pagos si a la AEAT o a los acreedores de la misma. Pensemos en un supuesto en el que una compañía prepara la presentación de una demanda de concurso voluntario de acreedores, contando dicha empresa con actividad, y que, como consecuencia de la demora en la admisión de la demanda, cumple el plazo para la presentación periódica del IVA o retenciones. Difícil encrucijada para el administrador en ese momento: ¿paga un crédito llamado a ser concursal –el de la Hacienda Pública- o reserva el dinero para la masa –administrador concursal, pago de los últimos treinta días de los trabajadores, etc-, o incluso satisface créditos que tienen esta consideración: procurador, abogados, tasa judicial, etc? ¿Será más favorable no efectuar declaración alguna y que una vez declarado el concurso se regularice la situación?

4.1.2.- Supuestos de responsabilidad en el ámbito mercantil.

En sede mercantil, la responsabilidad de los administradores sociales puede venir exigida, básicamente, por una doble vía.

Primero.- Por el ejercicio de una acción de responsabilidad civil: acción social e individual de responsabilidad.

Segundo.- Por el ejercicio de la acción de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de disolución de la sociedad.

4.1.2.1.- La acción social e individual de responsabilidad.

Ambas acciones tienen por finalidad la exigencia de una responsabilidad personal, por lo que va a afectar a los sujetos que ocupan el puesto de administrador, y no al órgano de administración en sí.

Así, por principio, los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo (artículo 133 LSA).

Acción social.- La acción de responsabilidad contra los administradores, regulada en el artículo 134 LSA, tiene carácter de acción social, en cuanto que está

dirigida a la protección y defensa del patrimonio o de los intereses sociales en general, mediante el resarcimiento del daño causado. Por eso se atribuye en primer término a la sociedad, subsidiariamente a los accionistas como titulares de un interés indirecto en la defensa del patrimonio social, y, en último extremo, a los acreedores sociales que, al contar con el patrimonio social como garantía de sus créditos, se ven perjudicados con la disminución de aquél.

Cuando se ejercite esta acción será la sociedad la que cobre la indemnización, en el supuesto de que se estime la demanda, con independencia de que socios o terceros hayan podido sufrir daños indirectos.

Acción individual.- La responsabilidad exigida por la acción individual se prevé en el artículo 135 LSA como una acción indemnizatoria, que procede con independencia de que no se dé la acción social, por cuanto el acto atentatorio lesiona intereses individuales directos de un perjudicado, sea un socio de la sociedad o un tercero. El titular de dicha acción, por tanto, no es la sociedad, sino los socios o los terceros, entre los que debe incluirse a los acreedores no ligados a la misma.

En cuanto a la configuración jurisprudencial de la acción individual -y su relación con la acción social-, la **Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava núm. 82/1999, de 3 de marzo**, en su FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO, con carácter general, la conceptúa de la siguiente manera:

*“La acción de la responsabilidad frente a los administradores regulada en la Ley de Sociedades Anónimas, art. 133 del TR, tiene dos vertientes claramente diferenciadas, cuales son, de una parte la **acción social de responsabilidad**, art. 134, y la **acción individual**, art. 135. La primera es la que compete a la sociedad frente a los administradores, que puede ser asimismo ejercida conjuntamente por los accionistas o, en su caso, sólo por éstos, y por los acreedores en los supuestos de insolvencia de la sociedad. La segunda es la que corresponde a los socios o terceros frente a los administradores para exigir la indemnización que les pueda corresponder por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses. La responsabilidad imputable al administrador por las deudas sociales se estructura en base a la existencia de una acción u omisión ilícitas, un daño patrimonial y un nexo de causalidad. La acción u omisión ha de consistir en actos ilícitos en el sentido de serlo a la ley o a los estatutos. Así la propia LSA establece en su art. 127 que los administradores desempeñaran su cargo con la diligencia de un ordenado empresario. Concretamente*

el art. 133.1 establece tal responsabilidad con carácter general, siendo el art. 135 donde de forma expresa y concreta contempla la responsabilidad frente a terceros, a quienes los actos de los administradores lesionen directamente sus intereses”

Por su parte, y en lo que se refiere a la acción individual en concreto, el FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO de la **Sentencia num. 194/1994 de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de febrero de 1995** señala que:

“La otra acción de responsabilidad societaria intentada es la del art. 135 TRLSA, denominada «acción individual de responsabilidad», que corresponde a los «socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos».

La jurisprudencia viene exigiendo, ya con la anterior LSA (RCL 1951\811 , 945 y NDL 28531), como requisitos para la viabilidad de esta acción directa los dos siguientes: a) un acto del administrador y b) una lesión directa a los intereses del accionista o del tercero demandante. A lo anterior hay que añadir que al establecer el precepto una responsabilidad civil de los administradores, ésta ha de contemplarse desde los parámetros que marca el art. 133 TRLSA, concurrencia de culpa, el daño y el nexo causal entre aquélla y éste”.

El Tribunal Supremo, también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance y naturaleza de dichas acciones tendentes a exigir responsabilidad a los administradores sociales, y así, su Sala de lo Civil, en la **Sentencia núm. 348/1999 de 29 abril (RJ 1999\8697)** (Fundamento de Derecho SEGUNDO) señaló que:

“...el art. 133 de la LSA vigente de 22-12-1989, determina que «responderán los Administradores, frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia debida con la que deben desempeñar el cargo»; este tríptico de causas determinantes, requiere a su vez:

*1) **conducta ilícita**, el acto, la voluntad de la conducta, la ilicitud, la transgresión por cada una de las tres causas (o la subsunción del «facere»), en la Ley, en los Estatutos o en la falta de diligencia; 2) **la producción del daño** y*

naturalmente; 3) **el nexo causal** que se sobreentiende; se subraya que con ello se ha rectificado, y se ha corregido la anterior Ley de Sociedades Anónimas, porque, entonces se respondía por los Administradores cuando sus conductas hubiesen incurrido en malicia, abuso de funciones o negligencia grave, con lo que la diferencia es notable; al punto, se agrega que hoy la tutela del perjudicado frente a las actuaciones de los Administradores o Consejeros, es mucho más fornida que la Ley precedente, ya que en la actualidad, prácticamente, dentro de la praxis judicial, se está casi en el **umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo**, porque, **en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del Administrador o el Consejero, será inevitable**; este art. 133 en su párrafo 2º, impone la responsabilidad solidaria de todos los administradores/consejeros que realizaron el acto o adoptaron el acuerdo, salvo los casos de que no conozcan el acuerdo que se adopte (acuerdo que sea atentatorio, cause daño en los términos del art. 133), o bien, en el caso de que lo conozcan, se hubiesen opuesto expresamente al mismo; se habla asimismo en el art. 134.2º, de que la Junta podrá transigir o desistir del acuerdo adoptado, etc., con el singular efecto de rechazo sobre la destitución de los administradores afectados.

Por otro lado, como es sabido la Ley distingue entre la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad.

A) **La acción social**: Lo que caracteriza a la acción social, es que el daño se produce a la sociedad, eso en un aspecto propedéutico, sirve para distinguirla de la acción individual, en la cual, ese daño se produce al individuo, al interés personal, daños primarios o directos, según el art. 135; es, pues, una dualidad perfectamente diferenciada, ya que la acción social, procederá cuando una conducta transgresora del consejero o del administrador, por alguna de esas causas, daña a los intereses sociales; luego la ley, desarrolla la legitimación activa, esto es, ante este daño de interés social, puede ejercitar la acción orrespondiente:

1) *Quien se considere dañado o perjudicado, el ente social, porque, es justamente el receptor del daño, ente social que precisa un acuerdo en Junta con una mayoría, en donde se decida, ejercitar la acción de responsabilidad, contra el consejero o contra el administrador.*

2) *Accionistas: Luego la Ley, habla en su núm. 4, «ex» art. 134, en una escalada de posibles legitimados «ad causam» dentro de la activa, que pueden ser los accionistas o los acreedores núm. 5; y así se expresa que, los accionistas -siempre que sean más del 5%- podrán promover la convocatoria de la Junta para que se adopte el acuerdo de exigir la responsabilidad social contra el administrador o contra el consejero, y, luego, con evidente impropiedad o ligereza evidente, prescribe que asimismo se podrá establecer conjuntamente, la acción contra el administrador en los siguientes casos:*

a) Cuando los administradores no convoquen la Junta. Pero, se subraya, si no se convoca la Junta, es que no actúa la Sociedad... luego, es una acción individualizada y no concurrente.

b) Cuando convocada la Junta, se adopte el acuerdo y sin embargo, no se entable en un mes la acción de exigir la responsabilidad. Luego también, es una actuación individualizada. No es concurrente.

c) Cuando el acuerdo adoptado hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad; que tampoco aboca a la concurrencia.

3) *Acreedores: Y por último, se contempla en el núm. 5 de citado art. 134, la posibilidad del tercer supuesto de legitimación activa «ad causam» que es, en el caso de los acreedores, quienes también podrán ejercitar la acción de responsabilidad social, contra el administrador o consejero infractor, cuando no haya sido ejercitado por la sociedad o sus accionistas, siempre y cuando no exista patrimonio suficiente, para satisfacer sus créditos.*

*B) **Acción individual:** Y por último, está, la acción individual -cabalmente ejercitada en el presente litigio-, prevista en el art. 135, de claro contenido sustantivo, porque, ahí parece ser, que el legislador mercantilista, sin decirlo, viene ya a referirse al «iuris comune» cuando expresa que «no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos»; esta acción individual, tiene las siguientes connotaciones: a) se habla de una **acción indemnizatoria**, y al utilizar la adversativa de «no obstante...», quiere decirse es supletoria o, con independencia de que no se dé la anterior, por lo que, procede ésta cuando proceda; se repite, que el foco de la distinción con la acción social de esta acción individual de responsabilidad, radica en que el **acto atacado***

transgrede intereses individuales del perjudicado, los socios o terceros; b) otro matiz que sobresale es que, por primera vez, en todos los temas de responsabilidad, aquí la Ley, no habla de «accionistas» ni de «acreedores», sino de socios y de terceros, y emerge que pese a repetir la ley de manera reiterativa, el término «accionistas», aquí se habla de socios por primera vez; [...] c) se habla también de terceros, cuando antes se ha estado refiriendo a los acreedores, y entonces se plantea la cuestión de delimitación, el acreedor es tercero o no es tercero y cabe sostener, es tercero cuando no está incardinado en el ente social; no es tercero cuando está ligado con la sociedad a través del contrato del cual emana su crédito; y también se cuestiona si el acreedor tiene o no acción individual, pues, si bien no lo refleja el art. 135, que habla de socios y terceros, el acreedor, sí debe estar legitimado para ejercitar esta acción individual no en cuanto actúe como tal acreedor, sino en cuanto, sin perjuicio de ser acreedor, sea tercero; en definitiva, cuando el perjuicio que se le irroge por parte del acto del administrador o consejero, no sea en su crédito en concreto, sino en el resto de su patrimonio”.

Por lo que se refiere a la necesidad de concurrencia de los presupuestos que determinan el ejercicio de la **acción individual** (acción antijurídica o culposa, perjuicio patrimonial al socio o tercero y nexo causal), existe jurisprudencia plenamente consolidada al respecto (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2003 [RJ 2003, 3755], de 19 de mayo de 2003 [RJ 2003, 5213] y jurisprudencia anterior en ellas citada).

4.1.2.2.- Por el ejercicio de la acción de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de promover la disolución de la sociedad: Supuesto de responsabilidad sanción.

El órgano de administración viene obligado a promover la disolución de la sociedad (art. 367 TRLSC) cuando concurre una causa legal para ello (previstas en el artículo 363 TRLSC), mediante la convocatoria de Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución⁷. En el caso de que el acuerdo social

⁷ Asimismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado, los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad. La solicitud habrá de formularse 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.⁸

El incumplimiento de estas obligaciones determina la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. A estos efectos, si un administrador cesa en su cargo sólo se libera de aquellas obligaciones nacidas después de su cese.

En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

Esta responsabilidad tiene un carácter marcadamente objetivo: surge de un modo automático y en virtud de la Ley por la simple omisión del deber legal de convocar la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución; o de solicitar la disolución judicial. Se trata de una sanción o penalidad civil por incumplimiento de un específico deber legal.

Es una responsabilidad legal por actos omisivos, que no precisa de la concurrencia de culpa concreta de alguno de los administradores, ya que el incumplimiento de la obligación, sin más, desencadena la responsabilidad solidaria legalmente establecida, y ello al margen de que el daño que se haya producido en sí, pudiera provenir o no de una conducta culposa o negligente o de una falta de diligencia.

No obstante ello, existen una serie de supuestos en los que el Tribunal Supremo determina la necesidad de atemperar y mitigar el rigor de la responsabilidad contemplada en los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, llegando a exonerar al administrador en determinados supuestos que *“resultan incompatibles con el concepto de responsabilidad”* (Sentencias del TS núm. 1195/2006 de 22 de noviembre de 2006 y núm. 61/2007 de 31 de enero de 2007).

⁸ La AP Barcelona, en su sentencia de fecha **5 May. 2009, rec. 734/2007**, ha dispuesto en relación a este plazo: *“Por otro lado, en cuanto al cómputo del plazo de dos meses del artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, o el artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000; RJA 9909/2000), que no se puede reconducir de modo absoluto al momento en que se conoce el resultado de las cuentas anuales, sino que se ha de contemplar en relación con el conocimiento adquirido, o podido adquirir, con la normal diligencia exigible a un administrador social, acerca de que se da una situación en la que el patrimonio social es inferior a la mitad del capital social.”*

Algunos de estos supuestos, mencionados por las sentencias a las que se acaba de hacer referencia, son los siguientes:

- **Conocimiento del acreedor reclamante de la situación económica de la sociedad** en el momento de la generación del crédito (SSTS de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006,2934) y de 28 de abril de 2006 (RJ 2006,4111)).

- Actuación del acreedor contraviniendo las exigencias de la **buena fe** (STS de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003,1007)).

- **Solvencia de la sociedad** o la existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores (STS 28 de abril de 2006).

- Prueba de los administradores que demuestre una **acción significativa para evitar el daño** (STS de 28 de abril de 2006).

- **Cese de los administradores antes de que se produzca el hecho causante de la disolución** (STS de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006,3319)).

- El hecho de encontrarse ante una **situación irreversible** (STS 28 de abril de 2006)

Por tanto, y tal y como tiene establecido el Tribunal Supremo, la concurrencia de determinadas circunstancias de carácter objetivo y subjetivo, pueden determinar, *atendiendo a cada caso en concreto*, la exoneración de responsabilidad de los administradores.

4.1.3.- Supuestos de responsabilidad en el ámbito laboral.

Una de las grandes novedades introducidas por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social - que entró en vigor el 1 de enero de 2004- se produjo en el art. 15 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), en el que se añaden dos nuevos apartados relacionados con los sujetos obligados a cotizar.

Así, el citado **artículo 15 de la LGSS** establece la obligación de cotizar y pago de otros recursos de la Seguridad Social, entre otros, de los responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de los responsables directos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que en virtud de norma de rango legal, pacto o convenio determinen el establecimiento de esta responsabilidad o por lo menos no la excluyan expresamente.

Con esta nueva redacción -que adolece tanto de claridad como peca de indeterminación, por su extensión-, parece claro que se está abriendo la puerta a que la administración pueda declarar y exigir -directamente y en sede administrativa- **responsabilidades por deudas ante la Seguridad Social a los administradores de las sociedades a través del procedimiento recaudatorio**, vía esta que se enfrenta con las resoluciones judiciales dictadas hasta ese momento que venían exigiendo una previa declaración de responsabilidad de los administradores en vía civil para poder reclamar las deudas sociales -a diferencia de lo que ocurre con las deudas tributarias-.

Así mismo se ha procedido a la modificación del Art. 104 de la LGSS, en el que se refleja la responsabilidad solidaria en las obligaciones de cotización de los socios y partícipes en el capital de las sociedades o entidades disueltas y liquidadas hasta el límite del valor de sus respectivas cuotas de liquidación, en línea con la normativa societaria aplicable a tal efecto

4.2.- Supuestos regulados en el ámbito concursal.

Entre los efectos que una declaración de concurso produce, vamos a distinguir, por un lado, aquellos que afectan a los socios, de aquellos que afectan a los administradores de hecho o derecho de la sociedad.

4.2.1.- Supuestos que afectan a los socios.

4.2.1.1.- Efectos de la constitución de avales respecto de los créditos concedidos a la sociedad concursada.- Arts. 87.6 y 135 LC.

El Real Decreto-Ley 3/2009 de reforma de la LC, ha venido a dulcificar la norma extraordinariamente severa que hasta su entrada en vigor recogía el art. 87.6 LC, referido al supuesto de subordinación legal de créditos concursales provistos de garantía personal.

Conforme a la redacción vigente hasta la entrada en vigor del mentado Decreto-Ley, el crédito afianzado había de reconocerse, en su caso, "*por su importe*" y "*sin limitación alguna*".

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que en el caso de que el fiador pagase al acreedor se produciría la sustitución de éste por aquél en la titularidad del crédito. Pero como en manos del acreedor originario y en manos del fiador subrogado, el mismo derecho de crédito pudiera merecer distinta calificación, la norma disponía que en "*la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador*".

No obstante lo anterior, y con la finalidad de atemperar el rigor literal del precepto, durante su vigencia se trató de ensayar interpretaciones correctoras que, sin necesidad de suponer una concreta modificación legislativa, atenuasen los excesos a que su aplicación pudiera conllevar en sede concursal. En tal sentido, el Decreto-Ley recoge dicha corriente correctora, modificando el precepto que estamos comentando, al cual se le otorga la siguiente redacción, *"en la calificación de los créditos en los que su titular haya sido sustituido por el fiador, se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador"*.

Por otra parte, y sin dejar de referirnos a los créditos del concurso que pudieran gozar de garantía personal de tercero, se plantea el problema de determinar si el convenio a que en su caso pudiera llegarse en el seno del procedimiento concursal puede afectar a los obligados solidariamente con el concursado, a sus fiadores y a sus avalistas.

El artículo 135 LC ha venido a tratar esta cuestión determinando que los acreedores que no hubieran votado a favor del convenio no verán afectados sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado ni frente a sus fiadores. Éstos no podrán en consecuencia, hacer valer frente a ellos la quita o la espera contempladas en el convenio.

En cambio, frente a los acreedores que hubieran votado a favor del convenio, la posibilidad de oponer su contenido no se excluye de manera general, sino que va a depender de lo que se haya pactado sobre el particular.

4.2.1.2.- Calificación de los préstamos efectuados por los socios a la sociedad concursada. Arts. 92 y 93 LC.

Los créditos subordinados constituyen una de las categorías en los que se clasifican los créditos concursales, calificación que supone su postergación en el concurso al situarse en peor posición que el resto de créditos (ordinarios y privilegiados).

Dentro de dichos créditos subordinados y por lo que nos interesa aquí, la LC considera como tales *"los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo 93 LC"*. Este último precepto, para el caso de que el deudor sea persona jurídica, considera que tienen dicho carácter, los socios que *en el momento del nacimiento del derecho de crédito de que se trate*, sean titulares de al menos el 10 por ciento del capital social de la entidad

concurada. Dicha calificación se extiende del mismo modo, a los administradores de hecho y de derecho, liquidadores y apoderados generales de la empresa.

La postergación de los créditos correspondientes a dichas personas tiene su origen en la desconfianza en todos estos acreedores, por su cercanía al deudor, y su más que probable conocimiento de su situación patrimonial real antes de la declaración del concurso, lo que hace que queden situados en peor posición.

4.2.2.- Supuestos que afectan a los administradores sociales.

Contrastando con la escasa regulación la que normativa sobre quiebras y suspensiones de pagos dedicaba a las específicas situaciones concursales de sociedades –normativa que tomaba como modelo de deudor al comerciante individual-, la Ley Concursal (en adelante LC), ya en su exposición de motivos (punto III) anuncia que *“Especial atención dedica la ley a los supuestos de concurso de persona jurídica y a los efectos que en este caso produce la declaración, materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico.”* –tomando con ello partido a favor de la persona jurídica y en concreto a la sociedad, como modelo de deudor-. La praxis judicial demuestra lo acertado de la decisión puesto que es una realidad que el número de concursos instados por personas físicas resulta insignificante en relación al de personas jurídicas.

No obstante ello la LC, como seguidamente se verá, no afecta en exclusividad a este sujeto jurídico que padece insolvencia, sino que también de una manera específica reserva importantes efectos, en el caso de sociedades mercantiles, para los administradores, ya sean de derecho o de hecho, lo liquidadores y apoderados de la sociedad, a quienes alcanzarán las importantes consecuencias previstas en el precepto objeto de estudio (amén de otras que lógicamente no se tratan en este momento).

Con ello, la LC se convierte en una importante fuente de responsabilidad para administradores y liquidadores a quienes afectan un variopinto conjunto de normas especiales (de carácter tanto personal como patrimonial), que en unos casos refuerzan, y en otros crean nuevos efectos respecto de los contemplados en la ley reguladora de las respectivas formas societarias adoptadas por las entidades mercantiles en cuestión (TRLSC).

Es por esto que a nadie le extraña que este asunto no deje indiferente a ninguno de los intervinientes, de una u otra manera, en los complejos procedimientos concursales. Tamaña importancia tiene el asunto para la satisfacción de los créditos de

los acreedores, que sin duda la cuestión seguirá por mucho tiempo generando posturas encontradas y enconadas críticas y alabanzas.

Entrando en materia, indicar que en el caso de que en el procedimiento concursal correspondiente se abra la sección de calificación y el concurso resulte finalmente calificado como culpable, la sentencia de calificación habrá de determinar las personas afectadas por la misma así como, en su caso, las declaradas cómplices.

Estas personas van a ser, en el caso de que el deudor fuese persona jurídica, sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho.

Pues bien, dicha sentencia de calificación concretará los efectos de dicha calificación entre los que se encuentran los siguientes:

1º.- El de la **inhabilitación** de las personas afectadas para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 2 a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona.

La sentencia concretará la duración de la inhabilitación en atención a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio causado, teniendo en cuenta que, La inhabilitación de administradores o liquidadores de sociedades implicará el cese de tales cargos.

Dicha inhabilitación supondrá la prohibición de ejercer el comercio así como de tener cargo o intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles, la de administrador de sociedades anónimas o limitadas, ni miembros del Consejo Rector o del órgano de intervención de Sociedades cooperativas.

2.- Las **obligaciones de reintegración de bienes y de indemnización de daños y perjuicios** previstas en el artículo 172.2.3º LC.

El artículo 172 LC, en el punto tercero, de su número 2, al tratar la sentencia de calificación, dispone de forma **imperativa**, que la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además de la causa o causas en que se fundamente la calificación, los siguientes pronunciamientos, de claro carácter patrimonial, contra aquellos afectados por la sentencia de calificación:

Primero.- La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

Segundo.- La condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.

Tercero.- La condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Como podrá apreciarse, las citadas condenas gozan de aspectos comunes que justifican su tratamiento conjunto en el mismo epígrafe legal: así son todas de carácter patrimonial, recaen sobre las mismas personas –las afectadas por la calificación- y comparten naturaleza resarcitoria o indemnizatoria, persiguiendo todas ellas de forma inmediata la reintegración y reparación del patrimonio social, ya sea evitando que salgan nuevos bienes o derechos –pérdida de cualquier derecho- ya sea obligando a que se devuelvan los que previamente se habían obtenido –devolución de bienes o derechos- u obligando a que se indemnicen los daños y perjuicios causados.

El citado objetivo inmediato, nos lleva a afirmar que las medidas patrimoniales objeto de estudio cuentan como objetivo mediato o ulterior la satisfacción, en lo posible, de los créditos de los acreedores en su conjunto, minimizando con ello el déficit patrimonial que suponga la ausencia de bienes en el patrimonio del concursado, tanto en situaciones de convenios en los que los acreedores han tenido un especial sufrimiento patrimonial (espera superior a tres años o quita superior a un tercio de la deuda), como en supuestos de liquidación.

De todo ello, entendemos que sólo cabe colegir con meridiana claridad que la finalidad de la norma es la reparación de la masa social (masa activa), y no, por tanto, la reparación del patrimonio individual de los acreedores y terceros perjudicados por la actuación de los administradores.

3.- La obligación de cubrir el déficit patrimonial de la compañía concursada en liquidación. (Art. 172 bis LC)

Además, cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit

En Almería, a diez de febrero del año dos mil trece

Jose Ramón Parra Bautista

Socio Director de Lealtadis Abogados

Profesor Asociado. Área de Derecho Mercantil. UAL.