

EL CONCURSO DE ACREEDORES DESDE LA ÓPTICA DE LA SOCIEDAD FAMILIAR

Pablo Arraiza Jiménez
p.arraiza@poderjudicial.es

Magistrado Titular del Juzgado Mercantil nº 1 de León

fecha de recepción: 15/03/2011
fecha de aceptación: 02/05/2011

Resumen

El concurso de acreedores constituye una institución mixta de derecho mercantil y procesal que tiene por objeto la salvaguarda del patrimonio social o masa con la finalidad de permitir a los acreedores de una sociedad en situación de insolvencia obtener el cobro de sus créditos en la mayor medida posible, ya sea mediante la suscripción de un convenio que tienda a permitir la supervivencia de la empresa como medio de obtención de los recursos precisos para hacer frente al pago, ya sea mediante la instauración de un proceso liquidatorio que partiendo de una disolución ordenada de la sociedad, contemple la satisfacción de los acreedores de acuerdo con un orden de prelación determinado por una jerarquización crediticia construida sobre la base de la mayor preeminencia de determinados grupos de acreedores caracterizados por la relevancia social de los sujetos que integran cada grupo.

La institución del concurso de acreedores viene actualmente regulada en la Ley 22/2003 de 9 de julio, inspirada en el principio de unidad de disciplina como expresamente reconoce la Exposición de Motivos de esta Ley, la cual somete a un mismo régimen normativo a la totalidad de las situaciones concursales, con independencia de que afecten a personas físicas o jurídicas, comerciantes o no. En tal contexto, las singularidades que por su idiosincrasia interna presenta la sociedad familiar tienen su reflejo en la regulación y el desarrollo del concurso de acreedores, en cuestiones tan relevantes como la génesis y virtualidad de la decisión de instar la declaración de concurso voluntario ante el Juzgado de lo Mercantil, la calificación de los créditos de los socios, su intervención en la junta de acreedores, la solicitud de la apertura de la fase de liquidación, o la calificación del concurso.

Palabras clave: Ley Concursal; Concurso; Solicitud; Junta; Administración; Socios; Créditos, convenio; Liquidación; Calificación.

Abstract

The bankruptcy constitutes a mixed institution of commercial and procedural law that takes as an object the safeguard of the social heritage or mass with the purpose of allowing to the creditors of a company in situation of insolvency obtain the collection of his credits in the major possible measure, already be by means of the subscription of an agreement that tends to allow the survival of the company as way of obtaining of the precise resources to face to the payment, already be by means of the restoration of a liquidation process that departing from a dissolution been ordained as the company, contemplate the satisfaction of the creditors of agreement with an order of marshalling determined by a credit hierarchical organization constructed on the base of the major preeminence of certain groups of creditors characterized by the social relevancy of the subjects who integrate every group.

The institution of the bankruptcy comes nowadays regulated in the Law 22/2003 of July 9, inspired by the beginning of unit of discipline as expressly it recognizes them the Exposition of reasons of this Law, which submits to the same normative regime to the totality of the situations compete for them, with independence of which they affect natural or juridical persons, merchants or not. In such a context, the singularities that for his internal idiosyncrasy the familiar company presents have his reflection in the regulation and the development of the creditors' contest, in questions as relevant as the genesis and virtuality of the decision of urging the declaration of voluntary bankruptcy before the Judge of the mercantile thing, the qualification of the credits of the partners, his intervention in the creditors' meeting, the request of the opening of the phase of liquidation, or the qualification of the bankruptcy.

Keywords: Insolvency Law; Bankruptcy; Application for insolvency proceedings; Creditors' meeting; Administrators; Partners; Credits; Insolvency agreement; Winding-up; Qualification.

1. De la solicitud de declaración de concurso

El artículo 1 de la Ley Concursal recoge como presupuesto subjetivo del concurso, además de la herencia, a toda persona ya sea física o jurídica, siempre y cuando lo sea de derecho privado, pues como expresa su apartado tercero, "no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público".

Y respecto de la legitimación para instar el concurso contempla el artículo 3 tanto al deudor, en cuyo caso tiene la consideración de concurso voluntario, como a cualquiera de sus acreedores, supuesto que recibe la denominación de concurso necesario (artículo 22). Tanto en un supuesto como en otro las peculiares relaciones de la sociedad familiar pueden tener su trascendencia, a saber:

1.1. Concurso voluntario

En tal supuesto, dispone el artículo 3.1.II que “Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación”. Dicha norma contempla un supuesto contradictorio y en todo caso dotado de mayor laxitud que el contemplado en el artículo 365.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), conforme al cual “Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso”, precepto del que se colige que sólo sería competente para adoptar la decisión de solicitar la declaración judicial de concurso la junta general de la sociedad, sin que el hecho de no figurar tal competencia entre las relacionadas como exclusivas de la junta en el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital obste a tal conclusión, atendida la cláusula residual recogida en el apartado i) del precepto, por referencia a cualesquiera atribuciones competenciales recogidas en la Ley o en los estatutos sociales.

Y de manera similar sucede con la competencia para instar la apertura de la fase de liquidación, dado que el artículo 142 de la Ley Concursal legitima al “deudor” para solicitar la liquidación, petición de gran trascendencia pues de un lado resulta vinculante para el juez del concurso (artículo 142.3 de la LC), y de otro lado de la apertura de dicha fase se deriva como consecuencia la disolución de la sociedad (artículo 145.3 de la LC). Y la práctica de los juzgados de lo mercantil no viene exigiendo un acuerdo expreso de la junta general para dar plena validez a la solicitud presentada por la representación procesal de la sociedad deudora en el concurso (la cual habrá sido conferida por el órgano de administración de acuerdo con el artículo 3.1.II de la LC), en la medida en que no se contiene previsión específica alguna al respecto en la Ley Concursal, y ello pese a que como se ha dicho la misma obligará al juez del concurso a acordar la apertura de la liquidación, y que esta implicará la disolución de la sociedad, lo que permitiría eludir el régimen de competencia exclusiva de la junta general para acordar la disolución recogido en el artículo 160.g) de la Ley de Sociedades de Capital.

En el ámbito de la sociedad familiar la peculiar atribución competencial contenida en la Ley Concursal de la legitimación para la adopción de la decisión de presentar ante el juzgado de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso puede servir para introducir un elemento de rigidez innecesaria, en la medida en que si existe conflicto por razón de las propias relaciones familiares que de manera inevitable van a trascender a la sociedad, la frecuente previsión estatutaria en dicho tipo de sociedades de órgano de administración mancomunado de dos miembros o grupos al 50% impediría que la sociedad pudiera ser declarada en concurso voluntario si uno de los dos administradores se opusiera a ello injustificadamente, pese a las graves consecuencias que de tal situación de bloqueo se pudieran derivar para la sociedad, ya sea por la posibilidad de ser declarada en situación de concurso necesario a instancia de sus acreedores (artículo 7 LC), con la consecuencia inherente de pérdida de las facultades de administración y disposición del patrimonio social (artículo 40.2 LC), ya sea por el riesgo de calificación del concurso como culpable por incumplimiento del deber de solicitar su declaración,

atendida la presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave recogida en el artículo 165.1 de la Ley Concursal.

De lo anterior se desprende como buena práctica de previsión de conflictos en el funcionamiento de la sociedad familiar, además de la redacción de un protocolo familiar, la configuración de un órgano de administración dotado de suficiente grado de flexibilidad en su funcionamiento como para evitar la situación antes descrita, ya sea mediante un sistema de administración solidaria, ya sea mediante la previsión de un consejo de administración en el que la decisión se adopte de forma colegiada y por mayoría simple.

1.2. Concurso necesario

En el contexto de dicha modalidad concursal, caracterizada por la solicitud realizada por los acreedores y la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio social, nuevamente se erige la particular naturaleza de la sociedad familiar, en la medida en que el artículo 184.7 de la LC permite emplazar a la sociedad deudora contra la que se dirige una solicitud de declaración de concurso necesario a través no sólo de sus administradores, sino también de sus apoderados, lo que introduce una muy significativa vía de elusión de todo atisbo de rigidez derivado de la existencia de una situación de bloqueo en el órgano de administración, dado que de conformidad con el artículo 18.1 de la Ley Concursal “En el caso de admisión a trámite de la solicitud, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores”, de manera que cualquiera de los integrantes del órgano de administración, incluso en un sistema de tipo mancomunado, y también un apoderado que no ostentara cargo alguno en la sociedad, podría valerse de la colaboración de un acreedor coadyuvante que instara el concurso necesario de la deudora y propusiera su emplazamiento a través de aquel. Transcurrido el plazo conferido para la comparecencia ante el juzgado sin formular oposición a la solicitud de concurso necesario, el juez vendrá obligado a declararlo, incluso aún en el supuesto de no existir constancia de la concurrencia del presupuesto objetivo de la situación de insolvencia de la sociedad requerida.

El mecanismo referido incluso podría permitir al administrador que está detrás de la solicitud de declaración de concurso necesario hacerse con la gestión de la sociedad, arrebatándosela al grupo accionarial opositor, en la medida en que en aquellos concursos de acreedores de sociedades cuyo pasivo supera el límite de los 10 millones de euros, la Ley Concursal prevé la aplicación de un procedimiento ordinario caracterizado por la designación de una administración concursal tripartita integrada además de por dos profesionales respectivamente de áreas jurídica y económica, por un acreedor (artículo 27.1.3), y la práctica judicial revela que en los supuestos de concurso necesario ordinario el juez del concurso tiende a designar como administrador concursal acreedor a aquel que ha instado el concurso, ante la falta de criterios legales de selección del acreedor que debe ostentar dicho cargo, y como una solución de compensación del escaso premio que representa el reconocimiento de un privilegio general del 25% del crédito del acreedor instante previsto en el artículo 91.6 de la Ley Concursal.

2. De las relaciones laborales

2.1. Extinción colectiva de contratos

Una de las más relevantes novedades que en el universo normativo del derecho concursal introdujo la Ley 22/2003 de 9 de julio es sin duda la atribución de competencias propias del derecho laboral a los Juzgados de lo Mercantil, órganos de nuevo cuño integrantes de la más amplia jurisdicción civil aunque especializados en el conocimiento de determinados grupos de asuntos asociados al derecho mercantil, y con un peso específico al derecho concursal.

Tanto el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 8 de la Ley Concursal limitan tales competencias de índole laboral a los supuestos de extinción y suspensión de contratos y modificación sustancial de las condiciones de trabajo que tengan carácter colectivo, y el artículo 64 de la Ley Concursal regula el específico procedimiento del que debe conocer el juez del concurso y que si bien está inspirado en el expediente de regulación de empleo cuyo conocimiento corresponde a la Administración, tiene relevantes particularidades cuando se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil, lo que sucederá en aquellos supuestos en que, teniendo la medida carácter colectivo como se dijo, afecte a una sociedad mercantil declarada en situación de concurso de acreedores.

Ello no obstante, son comunes al ERE administrativo los problemas a los que viene asociada la naturaleza familiar de la sociedad implicada, en particular la controversia que suscita en la práctica la condición del socio que a su vez es asalariado de la sociedad, acaso con cierta frecuencia como vía subrepticia de enmascarar dividendos bajo la apariencia de rentas del trabajo con una eminente finalidad de obtención de una ventaja fiscal, por razón de la ausencia de una efectiva prestación de trabajo por cuenta ajena. En la tramitación de tales expedientes en el ámbito del proceso concursal viene siendo además una constante la permanencia de los trabajadores integrantes del capital social y el reconocimiento como bases del cálculo de la indemnización por despido, cuando resultan afectados en su caso por una medida extintiva, de antigüedades y salarios que no siempre resultan conformes con la realidad, y que topan con la oposición del Fondo de Garantía Salarial en su condición de ente subsidiariamente responsable del pago de los créditos laborales de la concursada.

2.2. Personal de alta dirección

Se trata la referida de una relación laboral especial con regulación específica (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto) de frecuente presencia en la sociedad familiar, y que se caracteriza por la elevada cuantía de la denominada "cláusula de blindaje" en cuya virtud la gran relevancia que a la aportación del alto directivo se reconoce a nivel retributivo tiene también su manifestación en las condiciones contractuales de rescisión del contrato de trabajo que le liga a la sociedad. Como ejemplo de dicha relación dotada de un elevado grado de notoriedad cabe citar el caso Gullón, empresa galletera con gran cuota de mercado pero de estructura familiar, cuyo Director Gerente, titular del 16% del capital social, fue objeto de despido improcedente y obtuvo sentencia favorable del

juzgado de lo Social nº 2 de Palencia de 6 de abril de 2010, ratificada por la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de julio de 2010, y en la que se imponía a la compañía la obligación de acordar la readmisión del trabajador o el abono al mismo de una indemnización cifrada en 8.239.832,60 euros.

Pues bien, las referidas cláusulas de blindaje vienen a representar en la práctica una pesada losa que cercena toda posibilidad de salida de la sociedad del alto directivo, pese a la existencia de un conflicto familiar que bloquea la gestión social e impide a esta un normal desenvolvimiento de las relaciones societarias. Esta situación, no obstante, en el concurso de acreedores encuentra una adecuada solución, siempre en interés de la masa, cuando en su artículo 65 la Ley Concursal prevé que durante la tramitación del concurso la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, pueda extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección, y en el primer caso pueda el juez del concurso moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con la posibilidad añadida de suspensión del pago de la que en su caso proceda hasta tanto sea firme la sentencia de calificación, con la finalidad de poder compensar el crédito correspondiente con una eventual condena, en caso de concurso culpable, a la pérdida de los derechos reconocidos frente a la sociedad concursada.

3. De la clasificación de los créditos

En el desarrollo del procedimiento concursal buena parte del trabajo que en el mismo realizan sus intervinientes y del tiempo que ocupa su tramitación se destina a la elaboración del informe de la administración concursal, en el que entre otros particulares se contienen como documentos más relevantes, de un lado, el inventarios de bienes y derechos de la sociedad en concurso y, de otro, la lista de acreedores. Y en esta última se proyectan las más importantes peculiaridades de la sociedad familiar, y ello en la medida en que la concentración del capital que la caracteriza, con la detentación de las acciones o participaciones sociales por los diversos miembros del grupo familiar, comporta muy negativas consecuencias en términos de clasificación crediticia, en la medida en que el artículo 92.5 de la Ley Concursal subordina "Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente". Y al respecto el artículo 93.2.1 reputa persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica "Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera".

Y desde luego la consecuencia de la subordinación no es baladí, pues de un lado el artículo 122.1.1 de la LC priva del derecho a voto en la junta de acreedores a aquellos cuyo crédito haya sido clasificado con el carácter de subordinado en el informe definitivo de la administración concursal, e igualmente el artículo 134.1 hace vinculante el contenido del convenio en su caso aprobado, con la particularidad de no iniciarse el pago de sus créditos hasta tanto hayan sido satisfechos los calificados como ordinarios. Y

de otro lado, en caso de no prosperar la solución convencional y que haya resultado precisa la apertura de la fase de liquidación, de acuerdo con el artículo 158.1 de la LC “el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios”, siendo así que a su vez el artículo 157.1 dispone que el pago de estos últimos “se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados”.

Las anteriores consideraciones constituyen sin duda un obstáculo importante para la capitalización de la sociedad familiar, en la medida en que aquellas aportaciones realizadas por socios que aglutinen al menos un 10% de las acciones, en el caso de sociedades no cotizadas, vendrán llamadas a integrar un crédito subordinado, con la práctica total garantía de la imposibilidad de su cobro en el concurso. Es por ello que con el fin de evitar tan gravosas consecuencias, que en un número importante de supuestos carecen de toda justificación, el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, actualmente pendiente de tramitación parlamentaria, acomete una modificación del artículo 92.5 de la Ley Concursal de gran trascendencia, cuando exceptúa de la subordinación del crédito de persona especialmente relacionada con el deudor a los créditos diferentes de los préstamos o actos equivalentes de los que sean titulares los socios.

Asimismo, la proyectada reforma puede tener una gran relevancia para los integrantes de la sociedad familiar en la medida en que prevé introducir una importante matización en el concepto de persona especialmente relacionada con el concursado recogido en el artículo 93.2.1 cuando tras definir como tal a los socios que sean titulares de préstamos o actos equivalentes, exceptúa el supuesto en el que “el acreedor demuestre que en aquél momento, carecía de capacidad de influencia en la gestión de la sociedad”, lo que permitirá a los socios que pese a superar un 5 o un 10% del capital social, según los supuestos, no titulen una porción suficiente como para dirigir la sociedad o condicionar sus decisiones, lo que resulta ciertamente frecuente en aquellas sociedades familiares en las que el capital se divide entre varios de sus miembros sin que ninguno de estos titule una porción relevante de acciones o participaciones.

Asimismo, la especial relación con la concursada de los socios tiene contemplada en la Ley Concursal una relevante incidencia en la regulación de las denominadas acciones de reintegración, cuyo objeto reside en la posibilidad de rescisión de aquellos actos o negocios jurídicos realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha del auto de declaración de concurso que representen un perjuicio para el patrimonio de la concursada, y por tanto para los acreedores. Dicho perjuicio obviamente debe acreditarse por la administración concursal, pero en atención a la dificultad que con frecuencia entraña su justificación el artículo 71 contempla varias presunciones cuya concurrencia permite a aquella liberarse de dicha carga, una de las cuales consiste precisamente en la condición de socio especialmente relacionado con la concursada. Así lo indica el artículo 71.3.1 cuando expresa que “salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, lo que supone que –de forma excepcional– pasa a recaer sobre el propio

socio la carga de la acreditación de la ausencia de perjuicio para la masa derivado del acto o negocio jurídico celebrado con la concursada, de forma que en caso de no poder hacerlo la acción rescisoria prosperará, con la consecutiva obligación del socio, conforme al artículo 73.1 de la Ley Concursal, de restituir las prestaciones que hubiere recibido de la sociedad en virtud de dicho acto o negocio, o en caso de no resultar ello posible, su equivalente pecuniario, en todo caso con los correspondientes frutos e intereses.

4. Del convenio

Ya se ha tenido oportunidad de anticipar las consecuencias que de la condición de socio de algunos de los acreedores de la concursada, en particular aquellos que ostenten un determinado porcentaje del capital social, se derivan para la tramitación de aquella fase que tiene por objeto tratar de alcanzar un acuerdo con los acreedores que de forma inmediata propenda a la salvación, y en su caso reestructuración, de la empresa en crisis, y de forma mediata, a través de estas, permita a aquellos la satisfacción de sus créditos.

Y a las consideraciones ya realizadas sobre la privación de derecho de voto del socio cuyo crédito haya sido calificado como subordinado y sobre la vinculación del contenido del convenio, pese a no haber tenido oportunidad de intervenir en la junta ni de oponerse a su aprobación, debe añadirse el trato beneficioso que el acreedor subordinado recibe en la regulación de la modalidad anticipada de propuesta de convenio contenida en los artículos 104 a 110 de la Ley Concursal. Y ello en la medida en que, cuando el artículo 106.1 indica los requisitos de contenido que debe reunir para su admisión a trámite, y en particular la necesaria adhesión inicial de acreedores que titulen una vigésima parte del pasivo presentado por el deudor, o incluso de la décima parte en caso de incorporarse la propuesta de convenio a la propia solicitud de declaración de concurso, no discrimina por razón del tipo de crédito que titulan los acreedores que apoyan la propuesta. Esto puede merecer especial trascendencia, en la medida en que la práctica judicial revela que la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio suaviza la postura de la administración concursal, en orden al eventual ejercicio de acciones de reintegración o de solicitud de adopción de medidas cautelares de embargo preventivo al amparo del artículo 48.3 de la Ley Concursal, de forma que ante el razonable temor de frustrar una posibilidad de salvación de la continuidad de la empresa opta por diferir el empleo de aquellas herramientas al eventual resultado infructuoso de la vía convencional iniciada de manera anticipada por la concursada.

5. De la sección de calificación

El artículo 163 de la Ley Concursal establece que “Procederá la formación de la sección de calificación del concurso:

- Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.
- En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación”.

Ello supone que no todo concurso da lugar a la formación de la sección de calificación, sino que sólo se procede en tal sentido en aquellos supuestos de apertura de la sección de liquidación y en aquellos otros de convenio que contemple unas ventajas limitadas al deudor.

Y añade el precepto que el concurso se calificará como fortuito o como culpable. Una u otra calificación vendrá determinada por los dos únicos sujetos legitimados como parte en el concurso para peticionar la culpabilidad del concurso, la administración concursal y el Ministerio Fiscal, y la misma exigirá la acreditación de la concurrencia del presupuesto de culpabilidad definido en el artículo 164.1, a cuyo tenor “el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho”. Ello significa que la culpabilidad puede declararse tanto por un amplio arco de comportamientos que oscilan desde la actitud intencional y maliciosa dirigida a destruir a la empresa hasta conductas caracterizadas por un escaso nivel de diligencia en la gestión de los negocios sociales.

Y en el ámbito de la sociedad familiar se llegan a presenciar en la práctica comportamientos del primer extremo referido, lo que se explica por la frecuente traslación de la crisis familiar a la crisis empresarial, situación que no sólo se concreta en la negativa incidencia de la problemática personal en el desarrollo de los negocios sociales, sino que –en ocasiones– el desencuentro familiar desencadena un deliberado hundimiento de la empresa. Así, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León tramitó una sección de calificación en el concurso de una sociedad familiar cuyo capital social era detentado por un matrimonio, en el que el cónyuge varón titulaba el 20% de las participaciones y su esposa el 80% restante, pese a que era el primero quien administraba la sociedad y quien ostentaba su titularidad material. Y la incidencia de la crisis matrimonial sufrida por los socios en la empresa resultó ser devastadora, pues tras atravesar aquella el más intenso grado de acritud concretado en un proceso penal por violencia de género, el esposo, condenado en este último, proyectó su venganza hacia la sociedad, de la que su ya ex cónyuge era como se ha visto socia mayoritaria, con el fin de perjudicar a esta, y privó a aquella de su único cliente, la promotora inmobiliaria de propiedad familiar que le encargaba los trabajos a la sociedad concursada, y sin la que carecía de la menor capacidad de actividad, lo que desencadenó en la total pérdida de ingresos y la entrada de la sociedad en situación de insolvencia y posterior declaración de concurso de acreedores. La sentencia condenaba al cónyuge varón a hacer frente con su patrimonio personal el importe de los créditos reconocidos en el concurso no satisfechos en la liquidación con los bienes de la sociedad deudora, al amparo del artículo 172.3 de la Ley Concursal, precepto que contempla la mencionada sanción para aquellos ataques más intensos al deber de diligente administración de la sociedad impuesto en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio.

Pero no es en modo alguno el anterior el único supuesto, ni obviamente tampoco el más habitual, de incidencia de las relaciones personales de los socios titulares del capital social en el equilibrio patrimonial de la sociedad. De hecho la hipótesis que con mayor

frecuencia se presenta ante los juzgados de lo mercantil en sede de tramitación de la sección de calificación concursal es el de una inadecuada formación empresarial de los propietarios de la sociedad, con especial reiteración en el supuesto habitual de entrega del testigo por parte del fundador de la sociedad a favor de sus hijos, así como también el desconocimiento de las obligaciones contables de los administradores sociales, la confusión, deliberada o no, del reparto de dividendos con la libre disposición de los fondos sociales, o la resistencia al cumplimiento del deber legal de solicitar la declaración de concurso en caso de insolvencia.

Efectivamente, uno de los supuestos más habituales de calificación del concurso culpable es la denominada "huida hacia adelante", esto es, aquel comportamiento de cerrazón en la continuidad de la empresa pese a haber ya quedado de manifiesto su inviabilidad. Se trata de un comportamiento que aún guiado por una genuina voluntad de salvación de la empresa, y en todo caso condicionado por la percepción de fracaso personal que para el socio familiar se desprende de la institución del concurso de acreedores, que incluso lleva a los socios o a sus administradores a hipotecar su patrimonio personal en garantía de los nuevos créditos contraídos, ha venido ya siendo duramente sancionado en la legislación societaria, en particular en 1989 por la Ley de Sociedades Anónimas. Así el artículo 262.5 de esta Ley responsabilizaba solidariamente de las deudas sociales a los administradores que incumplieran el deber de convocar junta para que acordara la disolución de la sociedad incurso en pérdidas que hubieran dejado reducido su patrimonio por debajo de la mitad de la cifra de capital social, solución a la que se sumó la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en 1995 (artículo 105.5) y finalmente la Ley de Sociedades de Capital en 2010 (artículo 367). Pues bien, la continuidad de la sociedad pese a su descapitalización viene siendo, como se decía, duramente sancionada con la justificación de la necesidad de preservar la seguridad del tráfico mercantil, seriamente amenazado por la pervivencia de sociedades insolventes, pues pese a que las cuentas anuales deberían ser depositadas en el Registro Mercantil, no siempre se cumple tal deber, ni tampoco puede considerarse común en la práctica comercial su consulta. Es por ello que resulta muy frecuente en la práctica la alegación de la buena intención reflejada en la continuidad bajo el apoyo financiero del socio, que avala con su patrimonio personal los nuevos créditos concedidos por cajas y bancos. Esta intención no puede ser cuestionada, pero no resulta suficiente para evitar la calificación de culpabilidad del concurso, la cual no tiene tanto en cuenta aquella como la diligencia en la administración de la sociedad, ante la amenaza que su omisión representa para la seguridad del tráfico mercantil.

Pero no es la llamada huida hacia adelante la única actitud estadísticamente asociada a la sociedad familiar que viene a traducirse con frecuencia en la calificación culpable del concurso, pues con similar habitualidad se presenta la carencia de conocimiento en área contable y la ausencia de un departamento de contabilidad integrado en la estructura societaria, lo que conduce con gran frecuencia a la contratación de servicios externos cuyo trabajo se suscribe en su integridad y sin objeciones por los socios en la junta de aprobación de las cuentas anuales elaboradas por el órgano de administración. Es cierto que la adulteración del libro de inventario y la partida de existencias en las cuentas anuales viene detectándose en la práctica como una inexactitud contable llevada a cabo de forma deliberada con la finalidad de obtención de una financiación bancaria que no

obtendría de presentar unas cuentas ajustadas a la realidad. Pero también es cierto que la contabilidad presenta con gran frecuencia errores o deficiencias que pasan desapercibidos para los socios o administradores, y que no obstante despliegan una potencial culpabilidad, en la medida en que el apartado segundo del artículo 164 contempla varias presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad, cuya concurrencia conduce a la calificación culpable del concurso, aún en el supuesto de acreditar los afectados que la situación de insolvencia no se generó ni agravó por su actitud dolosa o gravemente negligente. Así, entre ellas se encuentra, en el número 1, aquella en cuya virtud “el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”.

Además de los supuestos antes referidos viene frecuentemente asociada a las sociedades de tipo familiar una conducta de sustracción fraudulenta o de alzamiento de bienes que trae su causa u origen en una mal entendida percepción de la empresa como propia sin consideración de las consecuencias que para los acreedores se derivan de la entrada en una situación de insolvencia. Efectivamente, los apartados 4 y 5 del artículo 164.2 de la Ley Concursal contemplan como presunción de culpabilidad con carácter *iuris et de iure* el alzamiento del deudor con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores, la realización de cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación, o la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

Y en la práctica judicial concursal se viene detectando con gran frecuencia la existencia de movimientos patrimoniales injustificados entre varias de las empresas pertenecientes a un mismo grupo familiar que, al no integrar en su objeto social la financiación ajena y representar una salida de activos en perjuicio de los acreedores, no sólo resultan susceptibles de reintegración en la masa de acuerdo con el artículo 71 de la Ley Concursal, sino que además se presentan como tributarios de la calificación culpable del concurso, con las graves consecuencias que en términos de responsabilidad de los administradores de la sociedad deudora se derivan para estos. Se trata en definitiva de recíprocas entregas dinerarias entre varias empresas que, presentadas bajo el velo de un legítimo grupo empresarial, viene a causar un injustificado perjuicio a los acreedores de la sociedad de la que provienen los fondos, quienes no tienen el deber jurídico de soportar una merma en las posibilidades de cobro de sus créditos como consecuencia de una actuación ajena al principio de obtención de lucro que como fin social debe presidir en todo caso la actuación de una sociedad de capital.

Además de los anteriores supuestos, ya dentro de las presunciones de dolo o culpa grave recogidas en el artículo 165 de la Ley Concursal, se incluye, además de la concerniente al incumplimiento del deber de formulación de las cuentas anuales, de su sometimiento a auditoría, o de depósito en el Registro Mercantil, a las que son de aplicación las consideraciones recogidas respecto del artículo 164.2.1 de la Ley Concursal, la relativa al incumplimiento del deber de solicitar la declaración judicial de concurso voluntario recogida en el artículo 5 de la Ley Concursal, en el que se fija para la observancia de tal

deber un plazo de dos meses desde el momento en el que los administradores conocieron o debieron conocer la situación de insolvencia de la concursada. Y es sin duda la composición mayoritariamente familiar del accionariado y su consecuente integración en el órgano de administración de la sociedad uno de los factores que con mayor frecuencia incide en la desatención de dicha obligación, lo que se explica, de un lado, por la errónea percepción que de la institución concursal ha provocado más de un siglo de legislación ineficaz e infructuosa y, de otro, el concentrado componente personal, moral y emotivo que caracteriza a la sociedad familiar. Estos factores, de manera conjunta, conducen a un sistemático rechazo primero al reconocimiento del fracaso empresarial, al venir directamente identificado con el fracaso personal, en la medida en que la sociedad familiar constituye de ordinario no sólo el único medio de vida de quienes la integran y dirigen, sino además su más íntimo sustento existencial y personal. Y segundo, un rechazo al concurso en sí mismo, como solución asociada a dicho fracaso y condenada a una irreversible situación de crisis empresarial, obviando las reales posibilidades de recuperación que los diferentes beneficios derivados de la declaración de concurso representan para una sociedad objetivamente viable.

Efectivamente, la solución de sometimiento a la empresa a concurso de acreedores constituye una decisión indudablemente difícil de adoptar, y a la que precede un largo y complejo proceso de valoración de pros y contras de tal decisión, y a la vez representa una de los elementos más conflictivos del asesoramiento empresarial, en la medida en que, por un lado, de no solicitar el concurso en plazo no sólo concurriría la citada presunción de dolo o culpa grave en la sección de calificación, sino que además la empresa corre el riesgo de ser objeto de declaración de concurso necesario a instancia de un acreedor, con la gravosa consecuencia de la pérdida de la administración y disposición del patrimonio empresarial de acuerdo con el artículo 40 de la Ley Concursal. Pero, por otro lado, la entrada de la sociedad en concurso representa un elevado riesgo de apertura de la sección de calificación, la cual únicamente puede ser eludida en el caso de aprobarse una propuesta de convenio que contenga una quita no superior al tercio de los créditos y/o una espera no superior a tres años. Y tal circunstancia no puede ser baladí a la vista de la realmente severa regulación de la sección de calificación en la Ley Concursal, en la que va más allá del enjuiciamiento de la relación causal entre la gestión social y la generación o agravación del estado de insolvencia, para erigirse en un auténtico juicio penal de reproche y prevención, tanto general como especial, del incumplimiento de ciertos deberes inherentes a la administración social, entre los que cobran gran protagonismo los deberes contables. De esta manera resulta realmente difícil encontrar un supuesto en el que una sociedad de ámbito familiar haya dado puntual y regular cumplimiento a la totalidad de los deberes legales que orbitan sobre quienes desempeñan el cargo de administrador, lo que explica el elevado porcentaje de concursos declarados culpables de entre aquellos en los que se ha procedido a la apertura de la sección de calificación.

Sobre las anteriores premisas, la suma de los factores de natural rechazo del empresario familiar a la figura del concurso y la dificultad que entraña un adecuado asesoramiento de la decisión más adecuada a adoptar, arroja como resultado la constatación con gran frecuencia, bien de la omisión de la presentación de la solicitud de concurso voluntario, con ulterior declaración a instancia de acreedores, bien de un importante retraso en

dicha solicitud, con base en una mal entendida premisa de equiparación a la opción procedente y diligente de la continuidad de la empresa fuera o de espaldas al concurso, pese a atravesar una situación de insolvencia actual, así como del recurso al concurso como una rendición indigna e incluso peyorativa para sus acreedores. Ello trae como consecuencia práctica el que, desde un punto de vista estadístico y cuantitativo, se presenta como el argumento en el que con mayor frecuencia se apoyan informes y sentencias de calificación para sostener la culpabilidad del concurso, cual es el incumplimiento del deber de su solicitud en tiempo hábil, hasta el punto de haberse desarrollado en la práctica judicial una corriente creciente de asociación de tal incumplimiento a la agravación del estado de insolvencia de la concursada, aún sin la concurrencia de una prueba directa de la existencia de una cumplida relación causal entre el incumplimiento del deber y la agravación de la situación de insolvencia.

Finalmente, en relación con las consecuencias de la declaración de culpabilidad del concurso, ya se han anticipado las dos fundamentales y que cuentan con una particular incidencia en el supuesto de la sociedad familiar, cuales son el personal y el patrimonial. Efectivamente, el artículo 172 de la Ley Concursal establece que “La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

- La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.
- La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.
- Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”.

Y en dicho precepto se encuentran las referidas consecuencias personales y patrimoniales que con particular intensidad y frecuencia afectan a los integrantes de las sociedades familiares, a saber:

1. Respecto de las consecuencias personales, aun cuando la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona pudiera representarse como carente de relevancia práctica o de rigor, en la medida en que el administrador resulta fácilmente sustituible siquiera desde un punto de vista formal, lo cierto es que la práctica judicial ha revelado una particular afectación personal de dicha sanción respecto de los administradores de sociedades, y ello por

cuanto como se anticipaba representa un absoluto fracaso personal y vital ante la sociedad de la que forma parte.

2. Y por lo que se refiere al aspecto patrimonial, al margen de la gravísima responsabilidad concursal a la cobertura del déficit concursal con el patrimonio personal del administrador, previsto para los supuestos más graves, ocupa un especial protagonismo en el ámbito de la empresa familiar la condena a la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa. Y ello porque con frecuencia los socios han aportado grandes cantidades de dinero a la sociedad, de manera habitual en forma de reinversión de los propios beneficios sociales, y si bien la calificación subordinada del crédito dificulta notablemente su recuperación, en un supuesto de venta unitaria de la sociedad, ya sea en fase de convenio, ya sea en liquidación, priva a los afectados de contraprestación que negociar por ella, y en definitiva de su medio de vida.

6. Conclusión

En definitiva, la particular composición personal y patrimonial de la sociedad familiar y sus peculiares características e inercias inciden de manera más que notable en la tramitación del concurso de acreedores y en las consecuencias que para los socios y administradores de aquella se derivan de su declaración.

La conclusión es que ello es así de manera singularmente negativa para los componentes de la empresa familiar, quienes ven sancionada su aportación a la sociedad con la práctica imposibilidad del cobro de sus créditos frente a ella, la privación del derecho de voto en la junta de acreedores o la rigurosa sanción de la errónea pero noble actitud de conservación a ultranza de la empresa, con la apuesta de su propio patrimonio personal.

Es por ello que, atendida la mayoritaria participación de la sociedad familiar en el conjunto del empresariado español, parece llevar a una conclusión sobre la contemplación del texto concursal en favorecimiento de la supervivencia de las grandes empresas.

7. Bibliografía

- Álvarez Olalla, P. (2004). *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, pp. 964.
- Cordón Moreno, F. (2004). *Comentarios a la Ley Concursal*. Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 121 a 146.
- Escribano Gámir, R.C. (2007). "El perjuicio en la acción rescisoria concursal", *Anuario de Derecho Concursal*, 10, pp. 7-59.
- Prendes Carril, P. (2009). *Tratado práctico concursal*. Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 21 a 55, 517 a 572, 699 a 716, 763 a 782 (Tomo III) y 29 a 132 (Tomo IV).

- Mercadal Vidal, F. (2008). "La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) a la sociedad dominante de la concursada", *Anuario de Derecho Concursal*, 14, pp. 373-388.
- Sagrera Tizón, J.M. (2004). *Comentarios a la Ley Concursal*. Barcelona: Editorial Bosch, pp. 56 a 71.
- Sarazá Jimena, R. (2007). "Responsabilidad concursal y grupos de sociedades", *Anuario de Derecho Concursal*, 10, pp. 229-264.
- Vicent Chuliá, F. (2008). "Tres años de Ley Concursal: Temas de reforma", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 8, pp. 113-132.