

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

Carmen Boldó Roda ()*

Comunicación

Indice: 1. La calificación del socio único como persona especialmente relacionada con el concursado. 2. Los efectos. 2.1 La consideración del crédito como subordinado 2.2 La prohibición para ser administrador concursal y apoderado 2.3. La rescisión de los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de persona especialmente relacionada con el concursado.

La sociedad unipersonal ha ido dejando de lado progresivamente su carácter instrumental y atípico originario para convertirse en una manifestación ordinaria de la sociedad de capital, consecuencia lógica de su proceso evolutivo, que ha potenciado sus aspectos patrimonialistas e institucionales sobre los personalistas o contractualistas, que la caracterizaron en la época codificadora. Desde su pleno reconocimiento legal, la sociedad unipersonal es una situación ordinaria por la que puede atravesar eventual o definitivamente una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada incluso desde su misma constitución. Quizá por ello el legislador sólo se ocupa de regular específicamente algunos aspectos del régimen de creación y funcionamiento de la sociedad unipersonal y de la posición del socio único frente a los acreedores sociales. En este somero régimen legal (arts. 125 a 129 Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada) ya se hace referencia a una norma “concursal”, que establece la inoponibilidad a la masa, en caso de concurso del socio

(*) Profesora titular de Derecho Mercantil, Universidad Jaime I (España).

único o de la sociedad, de aquellos contratos que no hubieran sido transcritos al libro-registro y no se hubieran referenciado en la memoria anual, o lo hubieran sido en memoria no depositada con arreglo a la Ley (art. 128 LSRL). Ante la presencia del reciente régimen legal del concurso de acreedores, la Ley Concursal de 2003, vamos a analizar las principales peculiaridades que puede presentar su aplicación a una sociedad unipersonal⁽¹⁾.

1. La calificación del socio único como persona especialmente relacionada con el concursado

Son créditos subordinados los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 92-5° LC), considerándose personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica las indicadas expresamente (art. 93.2 LC). La cuestión que se suscita es si el socio único entra en alguna de esas categorías. Conforme a lo establecido en el artículo 95-1° de la Ley Concursal, el socio único entraría de lleno en el supuesto de hecho previsto por la norma, mereciendo la calificación de persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica, ya que tanto en el caso de que nos encontremos ante una sociedad anónima unipersonal o en el supuesto de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, es titular de la totalidad del capital social y posee la totalidad del derecho de voto, así como la posibilidad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración (art. 42.1-a) y b) C de Co.). También cabe la posibilidad, como se ha destacado⁽²⁾, de que el socio único sea personal e ilimitadamente responsable de las deudas sociales. En concreto nos referimos a la situación de unipersonalidad sobrevenida no inscrita

(1) Este estudio es desarrollado extensamente en Boldó Roda, C “El concurso de la sociedad unipersonal”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2005 ps. 47-82.

(2) Boquera Matarredona, J., *Estudios Olivencia*, p. 1812. Sin embargo la autora pone de relieve que no cree que el legislador esté pensando en el supuesto del artículo 129 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada cuando se refiere genéricamente en el artículo 93.2 de la Ley Concursal a “los socios que conforme a la Ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales”.

(art. 129 LSRL), que impone la grave sanción de la responsabilidad personal e ilimitada al socio único que ha dejado transcurrir seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter de unipersonal sin que esa circunstancia se hubiera inscrito en el Registro Mercantil. Esa responsabilidad únicamente hace referencia a las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad no inscrita. Una vez inscrita esa situación, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.

Además, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 93.2-2º, están subordinados también los créditos de los administradores de hecho o de derecho, los liquidadores y los apoderados con poderes generales de la persona jurídica concursada, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Así el socio único que sea administrador de hecho o de derecho de la sociedad unipersonal o lo hubiese sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso tendrá la consideración de persona especialmente relacionada con el concursado por partida doble.

En fin, también hay que tener en cuenta una tercera posibilidad que puede hacer concurrir en el socio único la condición de persona especialmente relacionada con el deudor. Nos referimos a la situación en que el socio único sea otra sociedad, encontrándonos con el fenómeno del grupo de empresas. Así, las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso así como sus socios tienen la condición de personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93.2-3º LC). Por lo tanto, tienen tal condición los socios de las sociedades del grupo de la concursada, sin que se exija ningún requisito adicional sobre participación relevante en la sociedad del grupo o sobre la responsabilidad del socio por las deudas sociales.

2. Los efectos

La atribución al socio único de la calificación de persona especialmente relacionada con deudor acarrea una serie de consecuencias jurídicas. Quizás la más relevante sea la consideración de su crédito como crédito subordinado⁽³⁾, pero también hay que tener

(3) Vid. Garrido, J.M., "La graduación de créditos" en Rojo (dir.) *La reforma de la legislación concursal*, Madrid (Marcial Pons), 2003, ps. 240-243.

en cuenta la prohibición que por razón de esa “especial relación con el concursado” tiene para ser administrador concursal, así como la posible rescisión de los actos de disposición a título oneroso realizados en su favor.

2.1. La consideración del crédito como subordinado

La categoría de los créditos subordinados excluye de la *par conditio creditorum* general un conjunto de créditos mercedores, por diferentes razones ⁽⁴⁾, de ser satisfechos con posterioridad a los ordinarios, ya que así éstos podrán cobrarse con más seguridad ⁽⁵⁾. A través de la subordinación de créditos se persigue una discriminación entre los acreedores pero de sentido contrario al de los privilegios. Los intereses de los acreedores subordinados quedan relegados ante los de los acreedores ordinarios. Por ello puede hablarse de “antiprivilegio”. La subordinación de créditos puede tener un origen convencional o legal. A través de la subordinación convencional se intenta aumentar la protección de los acreedores ordinarios. También para el deudor la existencia de créditos subordinados puede ser beneficiosa dado el tratamiento contable de estos créditos. Pero en el supuesto que nos ocupa -persona especialmente relacionada con el deudor- nos encontramos con un supuesto de subordinación por imperativo de la ley ⁽⁶⁾.

(4) Quicios Molina (“Comentario al art. 158”, en Bercovitz (dir.), *ComLC*, p.1717) opina que la filosofía que inspira la consideración de algunos créditos como subordinados es buena, sin entrar en las razones del legislador para introducir en esa categoría unos determinados créditos. Garrido, J.M^a. “Pago créditos subordinados” (art. 158) en Rojo-Beltrán (dir)*ComLC*, t. I, p. 2486; Alonso Ledesma, C., “Pago de créditos subordinados” (art. 158), en Pulgar-Alonso-Alonso-Alcover (dirs.) *ComLC*, t. I, p. 1390.

(5) Garrido (*Reforma legislación concursal*, p. 239) opina que dos factores pueden influir en la reducción de los costes del crédito: la consagración legal de la categoría de acreedores subordinados y la reducción de privilegios.

(6) El origen de la subordinación de créditos se encuentra en la *equitable subordination* del Derecho norteamericano. Esta doctrina impone a un determinado acreedor la postergación de su crédito por el hecho de que una conducta fraudulenta por su parte haya causado un daño a los demás acreedores. El fraude no sé

El crédito del socio único-acreedor entra en la categoría de créditos subordinados, que quedan sometidos a un régimen especial tanto en caso de convenio, como en caso de liquidación. En relación al punto que presenta quizás más interés, su pago en caso de liquidación, está sujeto a dos reglas contenidas en el artículo 158 de la Ley Concursal. La primera de esas reglas establece que los créditos subordinados no pueden pagarse hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios. Obviamente, antes del pago de los créditos ordinarios, se satisfacen los privilegiados, salvo en casos excepcionales (art. 157.1 LC). Por tanto después de haber prededucido los bienes necesarios para cubrir los créditos contra la masa y después de haber pagado todos los demás créditos concursales (privilegiados y ordinarios). La segunda regla hace referencia al orden a seguir para pagar los créditos subordinados cuando son varios los concurrentes. Estos se clasifican en distintas clases (art. 92 LC) y habrá que satisfacer cada una antes de pasar a la siguiente, de forma que si no hay crédito disponible para todos los de la misma clase, se pagarán a prorrata dentro del mismo número (art. 158-2º LC)⁽⁷⁾.

entiende en el sentido penal sino civil. Así por ejemplo, en el supuesto de infracapitalización nominal de una sociedad: el socio financia la sociedad no mediante un capital adecuado a su objeto social sino mediante créditos otorgados por él mismo y garantizados con prenda o hipoteca, de forma que en el supuesto de concurso pueda ser acreedor privilegiado. Acerca de la *equitable subordination*, vid. Boldó Roda C., "La postergación legal de créditos", AA.VV., *Historia y Derecho*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1995, p. 138, donde se examina esta figura y se cita bibliografía americana sobre la materia. Uno de los mayores inconvenientes que se achacan a esta doctrina es la indeterminación, aunque para otro sector de la doctrina norteamericana ese puede ser uno de sus mayores aciertos.

(7) Así, se pagarían: 1º) Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta; 2º) Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto a todos los demás créditos contra el deudor; 3º) Los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía; 4º) Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias; 5º) Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor; y por último 6º) Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia se haya declarado de mala fe en el acto impugnado. Como destaca Vicent Chuliá, en

Varias son las razones por las que el legislador considera que un crédito debe considerarse como subordinado. En unos casos constituye una especie de sanción para cierta conducta del acreedor: así sucede con la falta de diligencia en la comunicación de un crédito (art. 92.1º LC) o con la intervención de mala fe en un acto perjudicial para la masa que haya sido objeto de rescisión (art. 92.6º LC). En otros casos, la peor condición se establece para ciertas clases de créditos: así, los créditos por intereses (art. 92.3º LC) y por sanciones pecuniarias (art. 92.4º LC). Finalmente, puede ser que el acreedor haya convenido la subordinación de su crédito (art. 92.2º LC) o sea una persona especialmente relacionada con el deudor (arts. 92.5º y 93 LC)⁸⁾.

Este último es precisamente el caso del socio único-acreedor de la sociedad unipersonal. La norma, en este supuesto, sanciona la existencia de una relación especial con el deudor que, si bien puede ser inconveniente a otros efectos⁽¹⁰⁾, tiene bastantes ventajas, ya que impide que la junta de acreedores sea dominada por estos acreedores, quienes, de conformidad con el deudor, podrían imponer sus condiciones a los otros acreedores⁽¹⁰⁾. Una vez determinado que se

Estudios Olivencia, p. 1109, esta norma puede ser considerada como las más rigurosa de la Ley Concursal a favor de los acreedores ordinarios y la de más problemática aplicación, llegando a calificarla como “clave de bóveda” del edificio del concurso y del derecho de grupos. Para Garrido, *Garantías reales, privilegios y par condicio*, Madrid, 1999, p. 123) con la postergación de esos créditos se persigue una finalidad indemnizatoria que sancionatoria. La postergación de créditos en el concurso de la persona jurídica se había planteado ya en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Vid. Rojo, A. “Disolución y liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada” *RCDI*, 1993, p. 148 y ss.; Paz-Ares, C., “La infracapitalización” en AA.VV. *La Futura Ley de Sociedades Limitadas* (2), Madrid, 1993, p. 7 y ss.; Massaguer Fuentes J., “La infracapitalización: La postergación legal de los créditos de los socios”, en AA.VV., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid 1994, p. 941 y ss.; Boldó Roda, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica*, p. 431 y ss..

(8) Cordero Lobato, E., “Comentario al art. 92”, en Bercovitz (dir.), *ComLC*, p. 1096; Garrido, J. M^a, “Créditos subordinados” (art. 92), en Rojo-Beltrán *ComLC*, p. 1658; Alonso Ledesma, C., “Créditos subordinados” en Pulgar-Alonso-Alonso-Alcover, *ComLC*, p. 924.

(9) Para Garrido, *Garantías reales, privilegios y par condicio*, ps. 237-238, los acreedores especialmente relacionados con el concursado -que son los que precisamente más información tienen sobre el mismo- carecerán de de incentivos para promover el procedimiento concursal.

(10) Rojo, en *La reforma...*, p. 93.

trata de un crédito del socio único, su crédito es postergado automáticamente. Además las consecuencias de la calificación como subordinado se aplica a cualquier crédito del socio único ya que, a diferencia de lo que sucede en la regulación de la rescisoria concursal (donde se establece un límite temporal de dos años, art. 71.1 LC) no se dispone ningún límite temporal (art. 92-5º LC)⁽¹¹⁾.

Los derechos que asisten al socio único titular de un crédito subordinado son de distinta entidad. Tiene derecho a asistir a la junta de acreedores (art. 118 LC), a hacerse representar en la junta por medio de apoderado (art. 118.2 LC) y derecho de información sobre el informe de la administración concursal y sobre su actuación, sobre las propuestas de convenio y los escritos de evaluación emitidos (art. 120 LC). Por el contrario, no tiene derecho de voto en la junta de acreedores (art. 122.2-1º LC)⁽¹²⁾.

2.2 La prohibición para ser administrador concursal y apoderado.

El art. 28 LC establece el régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones a que están sujetos los administradores concursales. Esas causas lo son también de recusación (art. 33 LC). La independencia con la que deben actuar los administradores del concurso hace necesaria la existencia de un elenco de causas de incompatibilidad con ese cargo, causas que, por otro lado, van a afectar por igual a personas físicas que a jurídicas con las excepciones contenidas en el art. 28.5 LC.

En el supuesto que nos ocupa, el apartado 3 del art. 28 LC establece expresamente que el nombramiento de administrador concursal no puede recaer en personas especialmente relacionadas con el deudor⁽¹³⁾. Dicha prohibición, que en consecuencia, afecta al

(11) Este extremo es criticado por Cordero Lobato, en (Bercovitz (dir.), *ComLC*, p. 1101, para quien lo razonable sería que se exigiera que la conducta del deudor fuera perjudicial para los acreedores o, cuando menos, que el acreedor hubiera obtenido alguna ventaja en la concesión del crédito cuyo pago ahora reclama.

(12) Vid. Boquera matarredona, J., *Estudios Olivencia*, p. 1813.

(13) Como señala Martínez Espín, P., "Comentario al art. 28", Bercovitz (dir.), *ComLC*, p. 280, cabe apuntar la ausencia de de remisión al art. 93 LC para

socio único-acreedor, deberá ser apreciada de oficio por el juez en el momento del nombramiento o de la exclusión, en su caso, en la resolución inicial, si la causa se desprende de la documentación existente en autos; en otro caso procederá la excusa del interesado (art. 29), o en momento posterior mediante la recusación (art. 33).

Asimismo, el socio único-acreedor no puede ser miembro de la administración concursal, ya que el art. 27 .1 LC, cuando se refiere a los miembros de la administración concursal habla de 1º Un abogado con experiencia profesional de, al menos cinco años de ejercicio efectivo; 2º Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de al menos cinco años de ejercicio efectivo y 3º) Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado. Queda excluida la posibilidad, por tanto, de que el socio único acreedor forme parte de la administración concursal ya que, como hemos visto en el epígrafe anterior, es titular de un crédito subordinado.

2.3. La rescisión de los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de persona especialmente relacionada con el concursado

Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor-sociedad unipersonal dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración aunque no hubiera habido intención fraudulenta. Se presume el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario cuando se trate de actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 71 LC). Se ha señalado que el legislador en este supuesto no desconfía del título sino de los sujetos intervinientes en la transacción y de la particular conexión existe entre ellos⁽¹⁴⁾. Como antes hemos indicado,

apreciar la vinculación personal., a diferencia del párrafo 4º del art. 28. Dicho autor interpreta tal ausencia como un olvido o como la concesión de un poder discrecional al juez, aunque se inclina personalmente por la primera opción.

(14) Gil Rodríguez, J., "Comentario al art. 71", en Bercovitz (dir), *ComLC*, p. 863. Para este autor, el número 6 del artículo 92 "vendría a sumar una partida

esta es la situación en la que se encuentra el socio único-acreedor, que resulta ser persona especialmente relacionada con el concursado (art. 93 LC).

suplementaria, a fin de incorporar a la categoría de créditos subordinados aquellos que pertenecieran a otras personas “por consecuencia de la rescisión contractual” si se declara su mala fe. Sin embargo, una interpretación sistemática -indica el autor- permite concluir que siempre que haya de dilucidarse el carácter de créditos nacidos de la rescisión, la subordinación precisa esta declaración de mala fe, que naturalmente puede faltar o no acreditarse en las personas especialmente relacionadas. La clave ha de encontrarse en la proclamación singular del artículo 73.3, que se ha ocupado de establecer la regla -créditos contra la masa- para “el derecho a la prestación que resulte a favor de cualesquiera de los demandados -aun cuando se trata de personas especialmente relacionadas- condicionando la excepción -crédito subordinado- a la comprobación de la mala fe. No hubiera estado de más -concluye el autor-, por tanto, que el art. 92.5º hubiera hecho mención de salvedad, además de la salarial”. Sobre este particular León F., “Acciones de reintegración” (Art. 71) en Rojo-Beltrán (dir) *ComLC*, p. 1301; Alcover Garau, G., “Acciones de reintegración” (art. 71), en Puiggar-Alonso-Alonso-Alcover (dirs.) *ComLC*, p. 767.