

RAFAEL ANIORTE SANZ
ALFONSO CORONADO CORONADO

Controladores Laborales (Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia)

Extracto:

EL presente trabajo, resultado de las investigaciones llevadas a cabo por dos funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia, trata de alcanzar soluciones prácticas al problema de la tutela y protección eficaz de los derechos de crédito de la Seguridad Social, representados fundamentalmente por las cotizaciones sociales.

Respaldados por la experiencia práctica que el ejercicio y desarrollo de sus cometidos específicos les concede, sostienen los autores, como tesis fundamental de su estudio, la insuficiente cobertura legal en la protección de las cuotas sociales frente a la realidad insoslayable del fuerte incremento de la morosidad y la extensión de las prácticas defraudatorias o vías de elusión de la responsabilidad legal de cotización.

En efecto, si bien la reforma del Código Penal ha supuesto un avance importante en este tema, al tipificar la figura de los «*Delitos contra la Seguridad Social*», las limitaciones tanto cuantitativa (hasta 15.000.000 de ptas.) como temporal (hasta 1 año desde su comisión) que dicho Código impone, dejan fuera de su conocimiento la exacción por esta vía de dichas deudas o créditos por importes inferiores, pudiéndose crear lo que se ha denominado como «*zona de impunidad jurídica*» respecto de dichas obligaciones a cuyo cumplimiento, inexplicablemente, no contribuye de forma eficaz el Derecho Administrativo Sancionador (lo que no sucede respecto de las obligaciones de carácter tributario, a pesar de ser tratadas ambas en parangón por el Código Penal).

Advertidos de ello, los autores, con apoyo en la doctrina científica y en los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales, tratan de incardinar ambas de modo interdisciplinar, conformando un cuadro completo de las instituciones, figuras o técnicas jurídicas aplicables al régimen de responsabilidad por los créditos o deudas contraídas con la Seguridad Social.

Sumario:

Abreviaturas.

I. Introducción.

II. Planteamiento general: problemas y líneas básicas de tratamiento.

1. Advertencias y consideraciones previas.
2. La configuración jurídica del derecho de crédito de las cuotas sociales.

III. La tutela del derecho de crédito de las cuotas sociales en supuestos de descentralización productiva.

1. Consideraciones previas y problemas planteados.
2. La descentralización productiva y el régimen legal de responsabilidad por contratas y subcontratas en materia de cotización a la Seguridad Social.
3. Descentralización productiva y grupo de empresas.

IV. «Levantamiento del velo» e infracapitalización de sociedades.

1. La invocación de la doctrina del «levantamiento del velo» en la tutela del derecho de crédito de las cuotas sociales.
2. La «infracapitalización» de sociedades.
3. La postergación de créditos en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993.
4. Conclusiones.

V. La responsabilidad de los administradores de sociedades frente a la lesión del derecho de crédito de las cuotas sociales.

1. Planteamiento general.
2. Líneas de tratamiento y marco normativo.
3. Las acciones social e individual de responsabilidad exigible por la Tesorería General de la Seguridad Social como acreedor legal.
4. Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad.
5. Responsabilidad especial en supuestos de unipersonalidad sobrevenida no publicitada.

Bibliografía.

ABREVIATURAS

MATERIAL LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

BCE	Boletín de las Comunidades Europeas.
BMTSS	Boletín del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
Ccom	Código de Comercio.
CE	Constitución española.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CP	Código penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial.
INEM	Instituto Nacional de Empleo.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Ley 8/1988, de 7 de abril).
LGT	Ley General Tributaria.
LO	Ley Orgánica.
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo).
OM	Orden Ministerial.
MEH	Ministerio de Economía y Hacienda.
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
PGC	Plan General de Contabilidad.
RD	Real Decreto.
RD-L	Real Decreto-Ley.
RD Leg.	Real Decreto Legislativo.
ResDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RGCL	Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre).
RGI	Reglamento General de Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1996, de 26 de enero).
RGR	Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social (RD 637/1995, de 6 de octubre).
RPS	Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social (RD 396/1996, de 1 de marzo).
RRM	Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996, de 19 de julio).
SA	Sociedad Anónima.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial.
SMAC	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.

STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TCT	Tribunal Central de Trabajo.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
TRLET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por RD Leg. 1/1995, de 24 de marzo).
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aprobado por RD Leg. 1/1994, de 20 de junio).
TRLPL	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (aprobado por RD Leg. 2/1995, de 8 de noviembre).
TRLSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (aprobado por RD Leg. 1564/1989, de 22 de diciembre).
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

AA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
AL	Actualidad Laboral.
AS	Aranzadi Social.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio.
CES	Consejo Económico y Social (Dictámenes).
DA	Documentación Administrativa.
DOCEEL	Diario Oficial de las Comunidades Europeas serie L.
LCEE	Legislación de las Comunidades Europeas Aranzadi.
NDL	Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RdS	Revista de Derecho de Sociedades.
RGD	Revista General de Derecho.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RIT	Revista Internacional del Trabajo.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
RLL	Revista La Ley.
RLSS	Revista Laboral y de Seguridad Social Editorial CISS.
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional Aranzadi.
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social.
TF	Tribuna Fiscal CISS.
TS	Tribuna Social CISS.

I. INTRODUCCIÓN

Ante las nuevas realidades nacidas de las transformaciones socio-económicas y demográficas de los últimos años, a las que no podrá sustraerse nuestro Sistema de Seguridad Social, han cobrado especial relevancia aquellas resultantes de los profundos cambios operados en la estructura del mercado de trabajo, apreciándose hasta tal punto la estrecha interrelación existente entre ambas que, hoy más que nunca, adquiere un especial énfasis la afirmación vertida por el Consejo de Europa en el sentido de que «*La Seguridad Social está llamada a ser un complemento permanente y duradero del mercado de trabajo*».

En este sentido, nadie pone en duda que allí donde se manifiesta con mayor fuerza este vínculo es sobre todo en el plano financiero -al depender presupuestariamente en gran medida de los ingresos por cotizaciones sociales-, pudiendo concluirse, según informa el Consejo de Europa, que las interacciones funcionales entre mercado de trabajo y Seguridad Social son de naturaleza doble:

- «– *Por una parte, la capacidad financiera del Estado social está esencialmente determinada, sobre la base de la renta del trabajo, por el sesgo del impuesto y, sobre todo, por el de las contribuciones sociales.*
- *Por otra parte, el volumen de la demanda dirigida a la Seguridad Social está en función directa de las exigencias de renta que continúan insatisfechas en el mercado de trabajo.*

La paradigmática reforma operada en nuestro ordenamiento social en 1994 -ampliada con la que ya se denomina «2.^a reforma laboral», de próxima plasmación legislativa tras el principio de acuerdo alcanzado por los agentes sociales-, paralela a otra no menos importante llevada a cabo desde 1989 en el ámbito mercantil y en el derecho de sociedades como consecuencia de la necesaria adaptación en esta materia a las Directivas Comunitarias, representa, a nuestro juicio, una clara respues-

ta ante los nuevos retos planteados por la realidad socio-económica de nuestro país que, en el ámbito específico de la Seguridad Social y su gestión recaudatoria y financiera, hallan su máximo exponente en el reciente Proyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (BOCG de 26 de diciembre de 1996).

En efecto, partiendo de las recomendaciones del llamado «Pacto de Toledo», oído el Consejo Económico y Social (Sesión extraordinaria del Pleno de 27 de noviembre de 1996, DICTAMEN 8/96), la ley precitada aborda la necesidad de establecer un equilibrio financiero global del Sistema de la Seguridad Social, articulando como medida fundamental su separación financiera y la adecuación de las fuentes de financiación de sus obligaciones a su naturaleza, de tal modo que todas las prestaciones de naturaleza no contributiva y de extensión universal pasan a ser financiadas a través de aportaciones del Estado, mientras que las prestaciones netamente contributivas se financian por cotizaciones de empresas y trabajadores, único mecanismo, según su Exposición de Motivos, «que permitirá garantizar a las generaciones futuras la pervivencia de una Seguridad Social Pública de carácter contributivo...».

Pues bien, a pesar de la trascendencia del problema, nuestro ordenamiento jurídico-público de Seguridad Social sigue viéndose de tal modo vulnerado mediante la extrapolación de normas pertenecientes a otras materias del Derecho o por la utilización abusiva de la personalidad jurídica que, en última instancia, aherrajan o condicionan la eficacia de dichas previsiones, desvirtuándose así o, cuando menos, recortándose la estricta eficacia del mandato constitucional contenido en el artículo 41 CE y, consiguientemente, restringiendo el cumplimiento de sus fines, teleológicamente explicitados en el artículo 2 del Texto Refundido que articula su vigente ley reguladora.

Queremos referirnos con ello no tanto a la inveterada práctica de soslayo o disimulo en la obligación de cotizar por los salarios realmente percibidos (cuya cifra media anual, según datos vertidos por el Ministerio de Economía y Hacienda, es notablemente superior a las bases teóricamente cotizables, independientemente de los topes máximos sobre los que ha incidido el reciente y ya mencionado Proyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, habiéndose estimado en cerca de tres billones de pesetas el montante total de retribuciones no cotizadas, razón por la cual este problema requeriría asimismo un estudio por separado), cuanto al preocupante incremento de la morosidad y a la extensión de conductas antisociales e insolidarias conducentes, en última instancia, a la elusión de responsabilidad por los créditos contraídos con la Seguridad Social y que, lejos de maximalismos, pueden contribuir a agravar la situación financiera del Sistema.

Sin entrar en apodícticas disquisiciones doctrinales relativas a la naturaleza jurídica de las cuotas de Seguridad Social, concretamente sobre el carácter de «impuesto» atribuible a las mismas (tesis hacia la que se había ido inclinando la doctrina científica y cuyo posicionamiento ha sido ahora más que nunca refrendado tras la publicación del nuevo CP, si bien con las reservas vertidas en su Exposición de Motivos), frente a la teoría tradicional del «salario diferido», nos proponemos abordar en el presente trabajo cuestión distinta y, sobre todo, eminentemente práctica, cuyo enunciado hemos convenido en titular «**La lesión del derecho de crédito de las cuotas sociales**» atendiendo,

más que a un tratamiento genérico y universalista del problema, que excedería en mucho a la pretensión inicial de estas páginas, a las distintas instituciones, técnicas jurídicas o figuras doctrinales de que dispone nuestro ordenamiento para dar cumplida respuesta a las conductas insolidarias y de antisocial comportamiento señaladas, fijando nuestra atención sobre todo en aquellos supuestos no contemplados expresamente en la norma y las soluciones alcanzadas jurisprudencialmente para dichas hipótesis.

Considerando la cuestión planteada como de importante relevancia práctica, hemos creído oportuno elaborar un estudio de estas características en base a **dos factores determinantes**: de una parte, el fuerte incremento de la morosidad en la recaudación de cuotas a la Seguridad Social, gran parte de ella declarada «crédito incobrable» como resultado de la insolvencia de los sujetos responsables, fenómeno de importantes consecuencias presupuestarias que, incontestablemente, afecta en gran medida al conjunto del Sistema de Seguridad Social, cuya supervivencia, al menos en su concepción actual, se ha puesto en tela de juicio por los operadores profesionales; y, de otra parte, por la amplitud y trascendencia del acervo de normas aprobadas en los últimos años, dando así respuesta a los retos planteados por la realidad socio-económica de nuestro país.

Respecto a lo primero, baste recordar la creciente preocupación mostrada por parte de los poderes públicos en los últimos tiempos respecto de los desequilibrios financieros padecidos por nuestro Sistema de Seguridad Social, así como por los altos índices de defraudación que aquél soporta, fenómeno este último que ha querido ponerse en íntima relación, entre otros factores estructurales de signo negativo, con el de la morosidad de los sujetos obligados a cotización, a cuya inquietante magnitud contribuye no poco la deuda que, generada por empresas insolventes o desaparecidas, resulta ulteriormente declarada como «crédito incobrable» por el órgano recaudador. Ello, unido frecuentemente a un correlativo impago de créditos salariales que, en última instancia, ha de asumir el FOGASA, sumado al abono por el INEM de las prestaciones de desempleo en virtud del principio de automaticidad, coadyuva aún más si cabe a incrementar la trascendencia del problema.

Parece pues oportuno incidir sobre un trasunto de tan hondo calado y al que nuestro ordenamiento jurídico debe prestar toda su circunspección: ante la pérdida de los créditos de la Seguridad Social y la vulneración del carácter preferencial y privilegiado con que la ley ha diseñado el salario, en conexión con el mandato constitucional de estabilidad en el empleo como principio rector de nuestra política socio-económica, se hace necesario proteger dichos créditos frente a dichas conductas que, en la práctica, engarzan con estrategias empresariales de mayor alcance cuyo fin último persigue la elusión de su responsabilidad, para cuyo desentrañamiento ya existen figuras jurídicas o jurisprudenciales que, no obstante ser distintas sustantiva y procesalmente, resultan limítrofes respecto a los efectos jurídico-materiales que de ésta pueden derivarse: léase **el instituto jurídico de la «sucesión de empresa»** o **el régimen de responsabilidad por contratas y subcontratas**; léase **la figura del «grupo de empresas»** o **del «empresario único»**; léase **la doctrina del «levantamiento del velo de la personalidad jurídica»**; léase, por último, **las acciones de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital**.

Respecto a lo segundo, advertir y subrayar las profundas transformaciones operadas en nuestro ordenamiento jurídico durante los últimos años, consecuencia del conjunto de normas publicadas tanto en el **Orden socio-laboral** (Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -1994-, Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral -1995-, Ley de Prevención de Riesgos Laborales -1995-), de **Seguridad Social** (Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social -1994-, en cuya disposición transitoria 13.^a se prevé la organización de un sistema de recaudación unificado para el Estado y la Seguridad Social; Reglamento General de Recaudación de Recursos del Sistema de Seguridad Social -1995-, Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social -1995-, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social -1996-); **Administrativo-sancionador** (Ley de Procedimiento Administrativo -1992-; Reglamento para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden Social -1996-), así como en las esferas **Mercantil y jurídico-societaria**, donde, junto a normas de gran importancia, como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -1995- o el nuevo Reglamento del Registro Mercantil -1996-, continuadoras del proceso de reforma de la legislación mercantil española, cabe citar otros «intentos legislativos» que, revelando la necesidad de completar dicha reforma, serán claves para el propósito de este estudio, debiendo citarse la Propuesta de Anteproyecto de la Ley concursal de 1994, cuyas repercusiones en la posición de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto de sus derechos de crédito en los procedimientos concursales, podrían resultar determinantes; así como el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993, donde se regulaban temas tan relevantes para este trabajo, finalmente no incluidos en la LSRL de 1995, como la «postergación de créditos» o la «infracapitalización nominal» de sociedades.

Ahora bien, coincide la doctrina en señalar de forma unánime como hito normativo más destacado la aprobación del nuevo CP donde, no sólo se formula una nueva disciplina en materia de delitos societarios (delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social), sino que se acogen numerosas disposiciones llamadas a modular el régimen de responsabilidad de los administradores en ámbitos limítrofes, como el de Seguridad Social o el Tributario. El tratamiento similar que otorga dicho Código a ambas materias, trazando y delimitando ambas conductas como perseguidas o perseguibles penalmente revela, a nuestro juicio, la respuesta del legislador al reto lanzado por los operadores jurídicos en favor de un mayor grado de transparencia, corrección y responsabilidad en el ejercicio de las actividades económicas, incardinadas en la esfera jurídica socio-laboral.

Ciertamente, la penúltima reforma del CP introdujo en su texto el artículo 349 bis, que reguló los delitos contra la Seguridad Social, y que figura en el actual artículo 307 del CP (de contenido y alcance prácticamente similar al 305, donde se regulan los delitos contra la Hacienda Pública), pudo considerar a la Seguridad Social formando parte de la Hacienda Pública, y a las cotizaciones sociales como una categoría tributaria más, si bien estas últimas no aplican el principio de capacidad económica con la extensión o con el rigor que es exigible en los impuestos según el artículo 31.1 de la CE. No hay más que leer la Exposición de Motivos de dicho Código para apreciar el tratamiento indistinto que dedica a ambas conductas delictivas.

En efecto, los delitos contra la Seguridad Social quedaron fundamentados en la Exposición de Motivos del nuevo CP, por la «necesidad de proteger suficientemente el patrimonio de la Seguridad Social, al objeto de posibilitar el cumplimiento de sus funciones institucionales, aconsejan la protección de este bien jurídico mediante la introducción de una figura de gran similitud con el delito fiscal, el delito contra la Seguridad Social. En efecto (continúa), los delitos contra la Seguridad Social son ciertamente equiparables, en principio, a los delitos contra la Hacienda Pública en el sentido de que materialmente la defraudación, cuando existe, está también referida a recursos de titularidad estatal en último término. Mas la elusión en el pago de las cuotas de la Seguridad Social (se añade), dentro de los delitos económicos, constituye un específico delito contra el patrimonio de la misma, caracterizado, frente a otras modalidades de actuación contra este patrimonio, porque tutela de manera singular la función recaudatoria de la Tesorería de la Seguridad Social cuando se la deja en situación de desconocimiento de la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda...».

En suma, el parangón que establece nuestro CP respecto de las conductas punibles tanto en materia tributaria como de Seguridad Social, representa, a nuestro juicio, una certera visión del problema cuya resolución exige la búsqueda de los intereses tutelados por el ordenamiento y la jerarquía entre aquellos que, de una forma u otra, resulten protegidos.

Mas no siendo éste el objeto de nuestro estudio, el de la responsabilidad penal por delitos cometidos contra la Seguridad Social, nos limitaremos a dejar constancia de un hecho insoslayable, abstraído a la luz de las magnitudes presupuestarias publicadas por el Ministerio de Hacienda y puesto en relación con el cerca de un billón de pesetas en que se estima la morosidad en las cotizaciones sociales: si, por una parte, la previsión de ingresos por cotizaciones sociales para 1997 es prácticamente coincidente con el capítulo de gastos de la Seguridad Social en prestaciones de carácter contributivo y, por otra parte, habida cuenta de que las aportaciones del Estado a la Seguridad Social realizadas en 1996 son, asimismo, coincidentes con los gastos del Sistema en el apartado de Asistencia Sanitaria, ello quiere decir que, probablemente, la prevista racionalización del Sistema de la Seguridad Social pudiera afectar sobre todo a las prestaciones no contributivas y a los servicios sociales, lo que hace resaltar aún más si cabe el problema planteado, sobre todo teniendo en cuenta el efecto perverso de cadena-cascada que provoca: a los créditos impagados o incobrables contraídos con la Seguridad Social deben sumarse, en virtud del principio de automaticidad, los pagos realizados por el FOGASA, las prestaciones por desempleo y reconversión abonadas por el INEM, etc., y, por último, el correlativo descenso en valor relativo del número de cotizantes que, si bien resulta extrapolable al signo de una determinada coyuntura económica, no por ello puede no enervar las muestras de eficacia de las políticas de empleo llevadas a cabo.

De esta forma, las conductas insolidarias y antisociales señaladas, actuando como parangón o arquetipo, dañan sobre todo la estructura misma del Sistema de la Seguridad Social, cuyo régimen de carácter público y proyección universalista, así como sus principios protectores constitucionalmente consagrados, propician, paradójicamente, que la obligación de contribuir a su sostenimiento sea relegada por los sujetos responsables a un deber de segundo orden frente al cumplimiento de otras cuya perentoriedad o compromiso resultan mayormente protegidas por nuestro

ordenamiento. Daño de consecuencias ya no tan impredecibles desde el momento en que, tanto nuestros poderes públicos como los operadores sociales y económicos, han fijado su atención y empeño en evitar.

En definitiva, el estudio que abordamos no tratará tanto de examinar en profundidad las figuras o técnicas jurídicas mencionadas (de las que existen abundantes e imprescindibles monografías), cuanto de imbricar éstas planteando las soluciones alcanzadas por diferentes vías con el fin de, una vez dotado de unidad el problema, incardinar aquéllas buscando su aplicación práctica por el Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, convencidos como estamos de lo que **la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 12 de abril de 1996 (RJ 6543/95)**, ha manifestado en el sentido de que se haya podido originar, «si no se ha creado ya, **una zona de impunidad jurídica**, incompatible con el principio de seguridad que tipifica el artículo 9 de nuestra Constitución».

II. PLANTEAMIENTO GENERAL: PROBLEMAS Y LÍNEAS BÁSICAS DE TRATAMIENTO

1. Advertencias y consideraciones previas.

Una vez enunciado el problema o supuesto genérico sobre el que versará este trabajo (**La lesión del derecho de crédito de las cuotas sociales**), el punto de partida del mismo debe situarse, necesariamente, en **la configuración jurídica de la institución de la responsabilidad de cotización**, determinando, en primer lugar, al sujeto de Derecho a quien la norma considera responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar. En este sentido, si bien no ofrece dudas el principio normativo que, en la relación jurídica de Seguridad Social, **atribuye exclusivamente al empresario la condición de «sujeto responsable»** (arts. 104 TRLGSS y 15.2 RGCL), no sucede lo mismo respecto de la identificación jurídica del mismo, cuya dificultad corre paralela o es aún mayor si cabe en los supuestos que se plantearán respecto de aquellos otros en que se trate de determinar la figura no siempre concordante del «empleador» en la relación laboral. Las causas que dificultan la expresada identificación jurídica del empresario hay que buscarlas, fundamentalmente, en los profundos cambios que ha experimentado la organización y gestión empresarial, dando lugar a fenómenos de **«descentralización productiva»**, tanto externa (Contratas y subcontratas, así como cesión legal de trabajadores a través de Empresas de trabajo temporal, producto de la reforma laboral operada en 1994), como interna (Grupos de empresas), a los que hay que añadir la implantación de singulares procedimientos de transmisión o cambio en la titularidad empresarial (léase «arrendamiento de empresa»), no siempre interpretados por la jurisprudencia como comprendidos en el artículo 44 TRLET.

En segundo lugar, una vez configurada jurídicamente la institución de la responsabilidad de cotización, hará falta distinguir entre una **«responsabilidad simple»**, que recae únicamente en la persona del empresario desde el momento en que, *ex lege*, nace la obligación de cotizar y, simultá-

neamente surge, asimismo *ex lege*, un derecho de crédito a favor de la Seguridad Social; y una «**responsabilidad derivada**», **solidaria o subsidiaria**, que se origina cuando, una vez que el pago de la cotización no se produce o, utilizando una terminología más coherente con la denominación de este trabajo, una vez que la deuda o crédito contraído con la Seguridad Social no se ha satisfecho en plazo, la ley, en los términos que analizaremos, permite ampliar a otras personas la obligación incumplida por el sujeto responsable o deudor principal, declarando a éstas responsables solidarios o subsidiarios. Pues bien, es a esta última responsabilidad o, mejor dicho, es en la práctica de estos supuestos del procedimiento recaudatorio donde centraremos nuestra atención, fijándonos no tanto en los aspectos sustantivos y procedimentales reglamentariamente desarrollados en la aplicación de esta institución jurídica como en las claves planteadas por la doctrina y, sobre todo, en los criterios técnicos-jurídicos y figuras elaboradas por la jurisprudencia frente a la elusión de dicha responsabilidad, deteniéndonos con particular interés en el concepto de insolvencia, entendido como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito, así como en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1994 y la posición de la TGSS ante los procedimientos concursales.

En tercer lugar, resulta obligado advertir que, si bien las técnicas jurídicas o figuras doctrinales que se explicitarán consienten o permiten, con carácter *excepcional*, la imputación o derivación de responsabilidad por los créditos que venimos analizando, éstas resultan aplicables a situaciones que, ora exceden a las previsiones contempladas expresamente en las normas de Seguridad Social, ora son de difícil aplicación aunque éstas las contemple de modo impreciso o disperso y en interpretación forzada, pero en cualquier caso de modo insuficiente e incapaz de dar respuesta a las múltiples cuestiones que se suscitan en la práctica.

En efecto, aunque debe subrayarse la importancia de las novedades introducidas en nuestro ordenamiento referidas a esta materia, así como el perfeccionamiento de otras cuyas carencias anteriores frente a las conductas que analizaremos, se ha encargado de «cubrir» la jurisprudencia con sus pronunciamientos y cuya doctrina consolidada se ha incorporado a éste -sobre todo en lo que respecta a la derivación de responsabilidad solidaria por vía de aplicación del instituto jurídico de la «sucesión de empresa» regulado en el art. 44 TRLET-, dichas insuficiencias son todavía notables por lo que, mayoritariamente, las soluciones a las hipótesis que se viertan tendrán su apoyatura, bien en construcciones teórico-prácticas diseñadas por la doctrina científica, con sede tanto en recientes, aunque fallidas, intervenciones legislativas (la postergación de créditos en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993, relacionada con la «infracapitalización nominal» de sociedades), como en la reconducción de normas jurídico-societarias a su interpretación finalista o jurisprudencial («infracapitalización material» de sociedades y aplicación del régimen de responsabilidad previsto en el art. 262.5 TRLSA y 105 LSRL por no disolución al concurrir la causa prevista en los números 260.1.3.º TRLSA y 104.1.c de la LSRL, por «imposibilidad manifiesta de realizar el fin social»), bien en la doctrina elaborada por la jurisprudencia (doctrina del «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica o del «grupo de empresas» o «empresario único»), excepción hecha de aquellas relativas a las acciones de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital en las que, si bien existe una abundante doctrina en el orden civil, aún no existe ningún pronunciamiento del Alto Tribunal de la Sala de lo Social, no obstante los criterios interpretativos, aún indirectos, explicitados por las correspondientes Salas de lo Social de nuestros

Tribunales Superiores de Justicia (1), declarando la competencia del Orden Jurisdiccional de lo Social para conocer de las demandas en las que los trabajadores, separada o acumuladamente y sin perjuicio del resultado emitido en cada caso, actúan acciones de responsabilidad frente a quienes aparecen como administradores, únicos o colegiados, de sociedades mercantiles, anónimas o de responsabilidad limitada, por débitos laborales contra éstas.

Aunque el hecho de incluir en este trabajo las acciones de responsabilidad frente a los administradores (con especial interés en el régimen legal de responsabilidad regulado en los arts. 262.1.5 TRLSA y 105 LSRL, por no disolución de la sociedad), no obedezca exclusivamente a esta novedosa perspectiva procesal (la consideración de que los débitos ejercitados por los trabajadores no pierden su naturaleza laboral por reclamar la responsabilidad de los administradores prevista en los arts. 133, 134, 135, 262.5 TRLSA, y en los números 69 y 105 LSRL), sí ha de admitirse que ha coadyuvado a ello pues, si bien nos parece perfectamente posible -con las reservas, en los términos y supuestos tasados que expondremos-, que por parte de la TGSS, como acreedor legal, pueda accionarse por esta vía la reclamación de sus derechos de crédito, no nos parece afortunada la relegación a norma reglamentaria de esta acción de responsabilidad, implícitamente contenida en la segunda parte del artículo 10.5 del RGR, de cuya lectura deducimos su remisión a dicha disciplina legal.

En cuarto lugar, teniendo en cuenta el sentido eminentemente práctico con que pretendemos abordar este trabajo, al tiempo de exponerse los supuestos, técnicas jurídicas o figuras de que dispone nuestro ordenamiento para proteger de manera efectiva la lesión de los derechos de crédito de las cuotas sociales, nos interesará sobre todo, más que su conceptualización o exégesis, las soluciones jurisprudenciales alcanzadas, aspirando con ello a configurar un cuadro destinado a servir necesidades prácticas y a facilitar la tarea de los operadores profesionales del Derecho.

Por último cabe advertir, como premisa básica de este estudio, su carácter interdisciplinar, lo que exige acudir a conceptos procedentes de otras ramas del Derecho, como el Civil, Mercantil, Tributario o Financiero, pero también el Administrativo, Laboral e incluso Penal. En efecto, los supuestos que se examinarán van unidos o se producen frecuentemente en el marco de estrategias empresariales económico-financieras de mayor alcance, cuya fenomenología trasciende el marco jurídico estrictamente socio-laboral. Ello puede producir la nada deseable contraposición entre el Derecho y la realidad socio-económica, haciendo necesario, a nuestro juicio, y en orden a proteger adecuadamente los Derechos mencionados, la instrumentación de criterios técnico-jurídicos que provean a la solución de los problemas expuestos.

Finalmente concluir diciendo que, en última instancia, el carácter interdisciplinar mencionada comporta su remisión a la integración del Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, dando cuenta de la efectiva participación de esta última «en la tarea creadora del Derecho, su incidencia en ins-

(1) Por todas, señalar las de Cataluña (Ss. de 26 de noviembre de 1994; 7 y 20 de septiembre de 1995); Aragón (28 de septiembre de 1994); Cantabria (27 de enero de 1992); Madrid (4 de diciembre de 1995, 21 de marzo y 12 de abril de 1996); y Castilla-La Mancha (18 de abril de 1996).

tituciones jurídicas tradicionales, así como el nexo que mantiene con otras materias (GALA VALLEJO) o, en palabras de ALONSO OLEA, «no existe ninguna otra rama dentro de nuestro ordenamiento positivo, en el que la coparticipación en la tarea creadora del Derecho sea más efectiva y fructuosa. En la teoría plural del descubrimiento de la norma jurídica aplicable, pocos ejemplos hay de coparticipación más efectiva en la búsqueda y en el hallazgo como el de la Seguridad Social».

2. La configuración jurídica del derecho de crédito de las cuotas sociales.

Nuestro vigente ordenamiento jurídico-público de Seguridad Social, como acertadamente se ha señalado, «completo, preciso y cerrado en sí mismo» (CONDE DE HIJAS), se halla regulado fundamentalmente en el **Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)**, aprobado por **RD Leg. 1/1994, de 20 de junio**, con las importantes reformas introducidas por la **Ley 42/1994, de 30 de diciembre**, y la reciente **Ley 13/1996, de 30 de diciembre**, ambas de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

Como normas de desarrollo del TRLGSS, dicho ordenamiento cuenta con tres importantes Reglamentos:

1. **El Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social (RGR)**, aprobado por **RD 1637/1995, de 6 de octubre**, y su **Orden de desarrollo de 22 de febrero de 1996**.
2. **El Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social**, aprobado por **RD 2064/1995, de 22 de diciembre (RGCL)**; y
3. **El Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RGIA)**, aprobado por **RD 84/1996, de 26 de enero**.

Correlativamente a dichas normas que, en virtud de la **Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPC)**, y asimismo de las distintas normas -**Ley 22/1993, de 29 de diciembre, Ley 14/1994, de 1 de junio, TRLET, RD Leg. 7/1996, de 7 de junio y Ley 13/1996, de 30 de diciembre**- que modifican sustancialmente la **Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)**, también se ha producido un importante cambio en la normativa de orden social relativa al Derecho administrativo sancionador, debiendo citarse en este sentido el **Reglamento del Procedimiento Sancionador por la infracción de leyes en el orden social (RPS)**, aprobado por **RD 396/1996, de 1 de marzo**, cuyo fin último, según su Exposición de Motivos, es el de «unificar e integrar en un solo texto esta regulación, permitiendo un tratamiento homogéneo que ha de redundar en una mayor seguridad jurídica en el ejercicio de la potestad sancionadora y liquidatoria de la Administración».

Junto a este acervo normativo, y teniendo como telón de fondo las directrices del Derecho Comunitario, será preciso acudir, como ya ha sido advertido, a normas pertenecientes a otras disciplinas jurídicas a las que, bien por remisión expresa o implícita de la norma concreta de Seguridad Social que la integra, con sede en el artículo 4.3 del CC, bien como referente interpretativo o conceptual ante un determinado supuesto planteado.

2.1. La obligación de cotización: la cuota como categoría tributaria.

Partiendo de la clásica conceptualización de la cuota como «un tributo con un régimen jurídico específico y completo», que podría ser definida en nuestro Derecho positivo como «la prestación pecuniaria debida, en virtud de una obligación legal de carácter tributario, a un ente de previsión social, para subvenir a sus necesidades económicas, por ciertas personas, directa o indirectamente interesadas en sus servicios» (BORRAJO), podemos configurar la obligación de cotización subrayando sus notas básicas: su carácter «*vinculum iuris*»; su naturaleza «*ex lege*» (la ley como fuente del derecho de crédito) y, por último, su consideración como «**obligación de dar**» (art. 1.088 CC y ss.), que tiene su fuente «*en un presupuesto que la ley toma en consideración con absoluta independencia de la actuación de las partes interesadas, y que se constituye automáticamente, sin necesidad de previa declaración o solicitud de dichas partes*».

A la luz de esta doctrina, frente a la teoría unitaria de la relación jurídica del seguro social, la teoría escisionista (ALONSO OLEA y PÉREZ BOTIJA) sostiene que hay dos relaciones jurídicas autónomas: una de cotizar, que sería una obligación fiscal, de pagar un impuesto; y otra, la de protección social, que será la prestación de un servicio público. Este derecho-deber es autónomo, independiente del pago de las cuotas como obligación fiscal que nace a favor del ente gestor, no en correspondencia a su obligación de satisfacer las prestaciones de previsión, sino al verificarse el presupuesto previsto por el legislador como idóneo a tal efecto contributivo. «*O dicho en otros términos: en el llamado seguro social hay, en realidad, un servicio público financiado con cuotas de naturaleza tributaria*» (BORRAJO).

En este sentido, la vigencia de las tesis jurídico-públicas respecto de la naturaleza jurídica de la cuota (2), bien como «impuesto afectado o con destino especial», como «contribución especial», «tipo tributario autónomo» o como «exacción parafiscal» (tesis mantenida por BORRAJO), ha cobrado una especial relevancia tras la promulgación del CP, imponiéndose la consideración de las cotizaciones sociales como una categoría tributaria más.

(2) Respecto de la equiparación entre «impuestos» y «cotizaciones», resulta esclarecedor el trabajo SCHULTE, Bernd, «La financiación de los Sistemas de protección social en la Europa comunitaria», en AA. VV.: «*Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*», MTSS, colección Seguridad Social, núm. 7, págs. 52-53, Madrid, 1992, quien considera «un mito la separación entre un sistema de seguro contributivo y el sistema impositivo». Asimismo, *vid.* el trabajo de JACOB, Ralf (Comisión CEE), «La evolución de los gastos sociales en Europa: ¿existen límites?», en AA. VV.: «*Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo*», MTSS, colección Seguridad Social, núm. 10, Madrid, 1993, pág. 233, sostiene que «las cotizaciones sociales forman parte de las deducciones obligatorias con el mismo carácter que los impuestos». Por otra parte, resultan de indudable interés los estudios contenidos en esta última obra de VIA-

En efecto, en la Exposición de Motivos de dicho cuerpo legislativo, se fundamentan los delitos contra la Seguridad Social por la «necesidad de proteger suficientemente el patrimonio de la Seguridad Social, al objeto de posibilitar el cumplimiento de sus funciones institucionales», equiparando éstos con los delitos contra la Hacienda Pública en el sentido de que materialmente la defraudación, cuando existe, está también referida a recursos de titularidad estatal en último término.

Reforzando esta argumentación, resulta obligado acudir a las **Sentencias del Tribunal Supremo de 10, 11 y 12 de julio de 1996 (Sala 3.ª, Sección 1.ª)**, dictadas en Casación en interés de Ley (3), estableciendo como doctrina legal que «*Los actos dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social, consistentes en requerimientos de cuotas a la Seguridad Social, son impugnables, en cuanto actos administrativos de gestión recaudatoria, en la vía económico-administrativa, cualquiera que sea la naturaleza o carácter de las alegaciones en que se funde la reclamación*», fijando además los siguientes criterios interpretativos: la global caracterización jurídico-pública del sistema de la Seguridad Social, utilizada en el fundamento de derecho 3.º *in fine*, como clave de la atribución del control judicial de los actos de gestión recaudatoria (referidos a cuotas) al orden contencioso-administrativo (fundamento de derecho 6.º); y, por otra parte, el significado administrativo en sí mismo de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, y el sentido que en esa caracterización tiene

NES, A.: «Perspectivas para la financiación de la Seguridad Social y el gran Mercado Europeo», págs. 287-290 y 293-303, y CHAMARD, I.: «El Mercado Único y el desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social», págs. 266-269 y 279-282, en los que, frente a los problemas financieros de los Sistemas de Seguridad Social de los países comunitarios, analizan los efectos que podrían tener la adopción de medidas impositivas o de aumento o reducción de las cotizaciones sociales, sintetizando en dos contrapuestas las posturas tomadas en este sentido: de una parte, ante la práctica inviabilidad de la denominada «armonización de los Sistemas de Seguridad Social» y los recelos que suscita la teoría de la «serpiente social europea», se argumenta la necesidad de reducción de los costes sociales en aras de lograr un plus de competitividad empresarial; de otra parte, los detractores de estas tesis aleccionan sobre el peligro de utilizar la Seguridad Social (factor de cohesión social) como vehículo de política económica, sosteniendo que la adopción de dichas medidas tendría efectos sociales negativos (dualización, devaluación o «*dumping social*»).

- (3) Corresponden a distintos recursos (números 8286, 4425, 4426, 4013, 5434, 4222, 5029 y 4564/1994; RJ 1996, 6024 A 6031), promovidos por la TGSS contra otras tantas Sentencias dictas por varios TTSSJ sobre devolución de cotizaciones, declarando «haber lugar a los mismos». Publicada en *AL*, 2-8 de diciembre de 1996, núm. 45, Marginal 1782, correspondiente al núm. 4013/1994 (Sentencias con nota especial), es comentada por CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., quien, recordando el cambio de criterio respecto a las Sentencias de 3 de febrero de 1995, publicada en *AL*, 1995 y la de 15 de abril de 1996, publicada en *AL*, 1996, núm. 34, si bien mantiene el recogido en la sentencia comentada de que la Seguridad Social es en su globalidad un sistema de Derecho público, critica la atribución de partes de este sistema a la jurisdicción del orden social y otras a las del orden contencioso-administrativo, sobre todo cuando normas de carácter reglamentario (RGR) puedan establecer ulteriores «distingos» no precisados en la ley habilitante, criticando asimismo la proclamación apodíctica del aspecto predominante jurídico-administrativo (jurisdicción contencioso-administrativa) en la gestión recaudatoria (cuotas) en relación con el contenido prestacional del sistema (jurisdicción social). Criterios que resultarán extensibles y perfectamente válidos cuando tratemos determinados aspectos de nuestro trabajo, sobre todo a la hora de analizar la normativa existente en la materia que estudiamos, donde aspectos tan fundamentales como determinados supuestos de derivación de responsabilidad solidaria (RGR) se desarrollan reglamentariamente sin hallarse expresamente contemplados en la ley (TRLGSS): léase la segunda parte del artículo 10.5 RGR cuyo tenor literal («Se originará asimismo responsabilidad solidaria en el pago de las deudas con la Seguridad Social..., en general, por el hecho de estar incurso el responsable en los demás supuestos en los que, por pacto o norma, se imponga expresamente tal tipo de responsabilidad»), entendemos pueda hacer referencia a la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital (arts. 133, 134, 135, 262.5 y disposición transitoria 3.ª TRLSA, y 69 y 105 LSRL).

el RGR, que según la sentencia, no es el de «administrativizar» el régimen de los actos de la gestión recaudatoria, sino el de insertar tales actos «en un sistema que es en su globalidad jurídico-administrativo» y que «el plus de singularidad que añade es el de parificarlos, en su tratamiento impugnatorio, con los actos de naturaleza tributaria, *equiparando las cuotas, en cuanto prestaciones patrimoniales públicas, a las exacciones fiscales...*» (fundamentos de derecho 3.º y 4.º; el subrayado es nuestro).

Junto a estos apuntes doctrinales y jurisprudenciales acerca de la consideración de la cuota como «categoría tributaria», además de la regulación del CP que sitúa en parangón y equipara los delitos tributarios con los de Seguridad Social, encontramos distintas referencias en las normas específicas de Seguridad Social relativas a esta tendencia o tratamiento de la cuota, pudiendo destacar las siguientes:

En la disposición transitoria 13.ª del TRLGSS: donde se prevé la organización de un sistema de recaudación unificado para el Estado y la Seguridad Social (4). Tendencia unificadora en el procedimiento recaudatorio del Estado que se aprecia fundamentalmente en el procedimiento de apremio, regulado en el Título III del RGR, así como en otras manifestaciones, cual es la utilización del término «**fallidos**», a semejanza del Reglamento de Recaudación del Estado, regulados en el artículo 171 del RGR, en relación con los «créditos incobrables», una vez acreditada la inexistencia de bienes embargables y, en su caso, el paradero desconocido del obligado al pago y de los responsables solidarios, si los hubiere. (Del mismo modo que aparece regulado en el régimen jurídico de los responsables tributarios, cuando la responsabilidad es subsidiaria: la Administración únicamente podrá exigir el pago de la deuda tributaria al responsable subsidiario una vez se haya ultimado con la declaración de **fallido** la vía de apremio respecto del deudor principal).

En el artículo 3.2 del RGCL: cuyo tenor literal establece que: «Tendrán carácter supletorio las disposiciones generales del Derecho Administrativo, Tributario, Laboral o Común que sean aplicables en función de la naturaleza de los actos de liquidación de que se trate».

Por último, cabe referenciar el delito de defraudación a la Seguridad Social, regulado en el artículo 307 del nuevo CP, cuya exégesis y tratamiento no se ha hecho esperar por la doctrina (5).

(4) En consonancia con el principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social, «(...) lo que significa la unidad de titularidad y, por lo mismo, la titularidad estatal de todos sus fondos...». Vid. STC 124/89, del Pleno del TC, de 7 de julio, recogida en GARCÍA NINET, I.: «*La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social (1981-1995)*», CISS, Valencia, 1996. En este sentido, expertos comunitarios en materia de Seguridad Social venían anunciando ya desde 1991, la necesidad de promover varios instrumentos en la financiación de la protección social, entre los que, junto a la constitución de reservas con el excedente de ingresos de los sistemas de reparto, se halla la articulación de una «base tributaria de las cotizaciones sociales que englobe los ingresos del patrimonio». Vid. VIANES, A. *op. cit.*, pág. 296.

(5) Resulta interesante contrastar en este sentido los trabajos recientemente aparecidos de ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: «El delito de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 CP)», en AA, núm. 281, 13-2-1997; y el de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: «Levantamiento del velo y delito fiscal (Sentencia del STS, Sala 2.ª, de 20 de mayo de 1996)», en

2.2. La institución de la responsabilidad de cotización: problemas planteados.

En nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad de cotización se configura como un instrumento que tiene por objeto reforzar y garantizar el pago de las cotizaciones sociales por el sujeto responsable que, *ex lege*, es quien está inicialmente obligado a realizarlo, o, cuando éste no se produce, la ley, concurriendo determinadas circunstancias, permite extender dicha obligación hacia otras personas denominadas *responsables solidarios o subsidiarios*.

El régimen jurídico de la responsabilidad de cotización se encuentra regulado en los artículos **104 y 127 del TRLGSS**, con remisión expresa o implícita a los **artículos 42, 43 y 44 del TRLET**, así como en sus normas de desarrollo: RGR, RGCL y RGIA, todo ello sin perjuicio de otros supuestos específicos en los que se originará **responsabilidad solidaria**, «*en general, por el hecho de estar incurso el responsable en los demás supuestos en los que, por pacto o norma, se imponga expresamente tal tipo de responsabilidad*» (**art. 10.5 RGR**), o **subsidiaria**, «*en los demás supuestos en que, por pacto o norma se prevea, general o específicamente, tal tipo de responsabilidad*» (**art. 12.3 RGR**).

Según dicha normativa, la obligación de cotización (*vinculum iuris*), surge *ex lege* (art. 15.1 TRLGSS, al que se remite el art. 6 RGCL), con presunción de legalidad de los actos de liquidación y actividad reglada, impugnables por tanto en vía administrativa y jurisdiccional (arts. 5 y 91 RGCL), y **nace, con carácter genérico en el Sistema de Seguridad Social**, «*desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente(...)*» (art. 15.2 TRLGSS), «*... o de la situación relacionada con la actividad de las personas incluidas en el campo de aplicación de los diferentes Regímenes del Sistema de la Seguridad Social*» (art. 12.1 RGCL), surtiendo idéntico efecto la mera solicitud de afiliación y/o alta en Seguridad Social (arts. 100 y 106 del TRLGSS y 12 RGCL), presumiéndose iniciada la actividad o producida la situación desde la fecha de efectos indicada en dicha solicitud que, en su caso, podrá ser desestimada mediante resolución motivada (art. 12.1 RGCL), «*sin que la no presentación de dicha solicitud impida el nacimiento de la obligación de cotizar*» (art. 12.2 RGCL), «*manteniéndose por todo el período en que el trabajador o asimilado, comprendido en los distintos regímenes del Sistema de la Seguridad Social, desarrolle su actividad, preste los servicios determinantes de su inclusión en los mismos, o se encuentre en situación jurídica conexas con dicha actividad o servicios (...)*» (art. 13 RGCL), que **en el caso del RGSS**, nacerá «*con el mismo comienzo de la prestación de trabajo, incluido el período de prueba*» (arts. 100 y 106, en relación con el 13 TRLGSS).

Por su parte, en el **Régimen General de la Seguridad Social** aparecen claramente perfiladas las personas que mantienen una relación jurídica con la Seguridad Social. Si bien el artículo 103.1 TRLGSS señala: «*Estarán sujetos a la obligación de cotizar a este régimen general los trabajado-*

AA, núm. 264, 10-96. Por otra parte, en el primero de los trabajos mencionados se recoge la tendencia jurisprudencial, de indudable trascendencia a efectos de la cotización, que considera como excepción al delito de apropiación indebida por retención de la cuota obrera por parte del empresario (por todas las SSTs de 4-7-1994, RJ 924, 1994; y 25-4-1995, RJ 2874, 1995), «en aquellos casos acreditados en que la empresa, por absoluta falta de liquidez, se desenvuelve con una carencia de capacidad económica. Las retenciones son entonces ficticias. Cuando no hay dinero es obvio que éste no puede distraerse o apropiarse indebidamente».

res y asimilados comprendidos en su campo de aplicación y los empresarios por cuya cuenta trabajen», deviene fundamental el artículo 104 TRLGSS en sus apartados 1 y 2: «El empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad (...)».

En suma, **el cumplimiento de la obligación de cotizar sólo incumbe al empresario**, hasta el punto de que el artículo 105 TRLGSS declara nulo todo pacto individual o colectivo por el que el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuota a cargo del empresario. Asimismo, desde el nacimiento mismo de la obligación, surge *ex lege*, **un derecho de crédito** a favor de la Seguridad Social, de cuya satisfacción responde el empresario (**«responsabilidad simple»**), mencionada en el art. 15.2 RGCL).

Por otra parte, en caso de que dichos créditos no se satisfagan en el plazo legalmente previsto, la ley posibilita que, junto al deudor principal obligado al pago (apartados 1 del art. 104, y 1 y 2 del art. 127 TRLGSS; y los números 8, 10, 11, 12 y 13 del RGR), la responsabilidad por los mismos pueda dirigirse, en determinados supuestos tasados y concurriendo una serie de requisitos, hacia otras personas (**«responsabilidad derivada»**), declarados **responsables solidarios o subsidiarios**.

Ahora bien, no obstante la aparente claridad y precisión de este esquema básico de la responsabilidad de cotización, su aplicabilidad entraña una serie de problemas que, paralelamente a la explicitación de los supuestos en que ésta resulta procedente, examinaremos en los siguientes apartados.

2.2.1. De la identificación jurídica del empresario como sujeto responsable de la obligación de cotizar.

Así como en la relación laboral ha sido puesto de manifiesto por la doctrina la dificultad que existe en la identificación jurídica de la figura del «empleador» (6), en la relación jurídica de Seguridad Social resulta otro tanto problemática la determinación del empresario responsable de la obligación de cotizar, sobre todo en supuestos de derivación de dicha responsabilidad.

Las causas de dicha dificultad obedecen a distintos factores, entre los que se señalan como determinantes, aquellos derivados de las transformaciones operadas en la estructura del mercado de trabajo, con los profundos cambios subsiguientes en la gestión y organización empresarial, materializados fundamentalmente en los fenómenos ya mencionados de «descentralización productiva» o de cambio en la titularidad jurídica de la empresa.

(6) MOLERO MANGLANO, C., en su trabajo «Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos», publicado en *AL*, núm. 27, julio 1996, pág. 505, entiende por empleador «aquel sujeto de derecho a quien debe atribuirse jurídicamente en un momento dado la recepción de servicios laborales», debiendo tenerse por receptor no a quien lo parezca o aparezca como tal, sino aquel que efectivamente recibe servicios prestados en régimen de ajenidad, dependencia y remunerabilidad.

En el ámbito específico que ahora nos interesa, dichos cambios han incidido sobre el concepto tradicional de empresario o empleador (7) que, si bien será el receptor «beneficiario de la ajenidad» y «titular del círculo rector donde se produce la relación laboral», deberá no obstante distinguirse, por una parte, entre *receptor material* y *receptor jurídico* de servicios laborales, no sólo no siempre coincidente sino, frecuentemente distinto, de tal suerte que quien contrata inicialmente puede no ser quien pasa a recibir en un momento posterior dichos servicios, adquiriendo sobrevenidamente la condición empleadora; y por otra parte, habrá que determinarse al receptor de dichos servicios en función del momento en que se produce la atribución jurídica de los mismos, siendo empleador el que lo es de forma *mediata*, ni inmediata ni última (8).

Junto a esta dificultad, hay que señalar otra de no menor relevancia consistente en la «localización jurídica del verdadero receptor de dichos servicios», debiéndose antes dejar claramente conceptualizada la persona a la que nuestro ordenamiento jurídico socio-laboral atribuye la condición de «empresario» o «empleador». En este sentido diremos, en principio que, si bien en la relación laboral se utiliza indistintamente el término «empresario» o «empleador» (art. 1.1 TRLET), en las normas reguladoras de la relación jurídica de Seguridad Social únicamente aparece el de «empresario» (9), concepto vertido en el artículo 10 RGIA -construido a partir de los números 7.a, 97 y 99.3 del TRLGSS- como «*toda persona física o jurídica, pública o privada (aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro), a la que presten sus servicios con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el Sistema de Seguridad Social*», acotándose aquellas incluidas en el RGSS al ponerse en relación con el amplio concepto *ius* laboralista contenido en el artículo 1.2 TRLET («*Personas físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios(...), o de las contratadas para ser cedidas a empresas de trabajo temporal*»).

Queremos referirnos con ello, fundamentalmente, a los *entes sin personalidad*, cuyo paradigma se localiza, sin lugar a dudas, en los «grupos de empresa», si bien la doctrina jurisprudencial ha resuelto el problema considerando a éstos, tanto a los efectos de su responsabilidad frente a terceras personas como frente a sus propios trabajadores, como «una modalidad del concepto de *Comunidad de Bienes*» (10).

(7) Vid. MOLINA NAVARRETE, C. - OLARTE ENCABO, S., en «Los nuevos escenarios de la "flexibilidad" en el sistema de relaciones laborales. El "grupo" como nivel específico de negociación de empresa», *RTS*, núm. 10, junio 1993, págs. 7-63. En las págs. 11-12 se señala que «la progresiva flexibilización y creciente despersionalización de los conceptos de empresa y de empresarios-empleador (...) acentúan todavía más el proceso de gradual desaparición del empleador normal (...) efecto paralelo al proceso de evanescencia de la persona jurídica que, en cuanto viene desplazada por una "red" de relaciones que vinculan al trabajador a una diversidad de sujetos que, de hecho, utilizan la prestación de trabajo, conlleva efectos convulsivos sobre los tradicionales criterios de imputación jurídica de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Con lo que pierden, en modo particularmente sensible, su estabilidad y certeza jurídicas».

(8) MOLERO MANGLANO, C., *op. cit.*, pág. 508, señala como casos típicos de receptores de servicios laborales que no son auténticos empleadores, de forma inmediata, la empresa usuaria en el caso de las empresas de trabajo temporal o la receptora de la prestación de servicios, o de forma última, la empresa *holding* del grupo de empresas.

(9) Mientras la primera expresa el carácter «derivativo» o «traslativo» de la noción de empresario con respecto al trabajador, «concepto reflejo de empresario» según la *STS de 19-12-95, dictada en Unificación de Doctrina, RL 176/95*, en la segunda alude al sujeto responsable de la cotización de trabajador y empresario, sujetos obligados desde el mismo momento en que la relación laboral nace.

(10) Vid. *Infra.*, CAPÍTULO III, cita núm. 37.

En definitiva, siguiendo las pautas expresadas, podemos configurar un cuadro genérico que conteniendo las distintas hipótesis posibles sugeridas en función de la dificultad en la identificación del sujeto responsable de cotización, nos haya de servir después, cuando relacionemos los supuestos de derivación de dicha responsabilidad. A este fin, ora por la concurrencia simultánea y/o sucesiva de más de un sujeto de Derecho al que parece inicialmente atribuible la recepción jurídica de servicios laborales, ora por dificultades especiales en la localización jurídica del verdadero, esto es, *mediato*, receptor de dichos servicios, podremos hallarnos frente a los siguientes grupos de casos:

- a) De concurrencia simultánea: se dará en supuestos tan diversos como el que originan las contratas y subcontratas (art. 42 TRLET), dentro del fenómeno denominado de «descentralización productiva», la cesión de trabajadores, tanto ordinaria (art. 43 TRLET) como por intervención de empresa de trabajo temporal (Ley 14/1994, de 1 de junio), las comisiones de servicio o las funciones directivas con integración en Consejos de Administración de sociedades filiales.
- b) De concurrencia sucesiva: serán aquellas que vengan producidas como consecuencia de las distintas modalidades de transmisión o cambio en la titularidad empresarial a que se refiere el artículo 44 del TRLET.
- c) Supuestos de dificultad para la localización jurídica del receptor mediato de servicios: surge en todos aquellos casos en los que concurre una particular «*opacidad contractual*». Podemos mencionar entre éstos a los *entes sin personalidad* -grupos de empresa o transformaciones de empresas individuales en sociedades de capital-.

2.2.2. De la derivación de responsabilidad: la insolvencia.

Frente a la lesión del derecho de crédito de las cuotas sociales, nuestro ordenamiento ha previsto mecanismos específicos de tutela del mismo mediante la configuración de un régimen legal de responsabilidad atribuible a determinadas personas en supuestos concretos contemplados por la ley y sus normas de desarrollo. Dicho régimen se halla contenido, de una parte, en los **artículos 42, 43, y 44 del TRLET**; y, de otra, en los números **104.1, 113 y 127 del TRLGSS**, así como en los **artículos 10 y 11 RGR** («*Responsables solidarios*»), y **12 RGR** («*Responsables subsidiarios*»).

Con sede en las normas comunes que regulan esta institución de responsabilidad, habrá que distinguir entre «*Responsabilidad solidaria*» (en la que el acreedor, según autoriza el art. 1.144 CC, puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios y no tiene que justificar la previa insolvencia de la sociedad), pudiendo de este modo la TGSS dirigir simultáneamente la acción de cobro contra cualquiera de los responsables solidarios «*en cualquier momento del procedimiento recaudatorio*» (art. 11.1 RGR); y «*Responsabilidad subsidiaria*», en la que la TGSS únicamente podrá exigir el pago de la deuda una vez se haya declarado **insolvente** al deudor principal.

Desde la perspectiva de nuestro trabajo nos interesará ahora, sobre todo, más que proceder a la enumeración de los supuestos contemplados por la norma a los que resulta aplicable uno u otro régimen de responsabilidad (algunos de los cuales, no obstante, se analizarán en profundidad en los capítulos siguientes: léase la responsabilidad por contratas y subcontratas, o la acción de responsabilidad frente a los administradores, regulada en los arts. 133 a 135 y 262.5 TRLSA, y 69 y 105 de la LSRL, a la que, entendemos, se remite de manera implícita el art. 10.5 RGR), detenernos en la significación de la insolvencia respecto del derecho de crédito de las cuotas sociales.

Partiendo del concepto de *insolvencia* como «*un modo de lesión del derecho de crédito*» (11), ésta se proyectará, entre otras, sobre el vencimiento anticipado (insolvencia sobrevenida y pérdida de lo que el CC llama «pérdida del beneficio del plazo»). Es éste el sentido que se desprende de la lectura del artículo 61 RGR, donde se regula la insolvencia como forma extintiva de las deudas que, no habiendo «... *podido hacerse efectivas por insolvencia del obligado al pago y demás responsables se declararán provisionalmente extinguidas en la cuantía procedente, en tanto no se rehabiliten dentro del plazo de prescripción*».

De ahí que una de las novedades más importantes que introduce el RGR, junto al concepto de «*fallidos*» (171 RGR), sea *la improcedencia de la declaración de insolvencia en tanto el sujeto obligado al pago ejerza una actividad y/o tenga trabajadores de alta en su empresa*, lo que ha de ser puesto en relación con las normas sobre «*extinción de la empresa y cese en la actividad*» y «*registro de empresarios*» (arts. 16 a 20 RGIA), así como de la conceptualización de los «*créditos incobrables*» (168-172 RGR y 125-127 de su Orden de desarrollo de 22-2-1996), donde estos últimos se definen como «*aquellos que no pueden hacerse efectivos en el procedimiento administrativo de recaudación por insolvencia y, en su caso, por desconocerse el paradero de los obligados al pago y de los demás responsables, si los hubiere*» (art. 168 RGR), con posible revisión de su declaración como incobrables (art. 127 OM 22-2-1996).

En definitiva, la insolvencia, ya como *lesión consumada* en el derecho de crédito (la pérdida de su efectividad o de su valor de realización en cuanto exponente de un contenido patrimonial inherente a la propia realidad del derecho de crédito), ya como *lesión potencial* del derecho de crédito (para cuya evitación es preciso «comunicar» el riesgo y la cobertura a los demás obligados), ha de contemplarse como un «*estado*» del deudor que no siempre ha de traducirse en un procedimiento concursal.

2.2.3. La Tesorería General de la Seguridad Social en los procedimientos concursales: reacción doctrinal ante la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal.

En los artículos 24 TRLGSS y 60 RGR se regula el ejercicio de los derechos de la TGSS en procesos concursales previstos en la LEC y LSP, estableciéndose:

(11) Vid. ORDUÑA MORENO, F.J.: *La Insolvencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 15 y ss.

- a) La personación de la TGSS en el procedimiento concursal ante el órgano judicial correspondiente, justificando los créditos de la Seguridad Social mediante la certificación expedida por el órgano competente; y
- b) El no cómputo en la masa de acreedores de las cantidades que el sujeto de un procedimiento concursal hubiera retenido en concepto de aportación del trabajador a la Seguridad Social, a cuyo favor tendrán la consideración de depósitos. Y ello, sin perjuicio de los derechos de prelación y demás garantías que afecten a los créditos de la Seguridad Social (arts. 22 TRLGSS y 29-31 RGR).

Este régimen, junto a los supuestos de «Infracapitalización nominal de sociedades», que examinaremos más adelante (12), puede verse afectado tras la publicación de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* que, si bien con carácter general ha merecido una crítica positiva por parte de la doctrina, ésta se ha mostrado reticente en lo que respecta a los derechos de los trabajadores en situaciones de crisis empresarial (13), con las consiguientes modificaciones que ello comportaría en el TRLPL y en las acciones por subrogación del FOGASA (arts. 33 TRLET y 30-33 del RD 505/1986, de 6 de marzo).

En relación con los derechos de crédito de la Seguridad Social, resultan especialmente relevantes *los procedimientos* que regula, el establecimiento de *las presunciones de insolvencia, la quiebra del sistema vigente de separación de órdenes jurisdiccionales* y la *práctica inaplicabilidad del instituto de la ejecución separada*, este último con particular incidencia en el artículo 60 RGR.

Teniendo como **postulados básicos** tanto LA UNIDAD DE DISCIPLINA (con superación de la diversidad del régimen jurídico asentada en el carácter civil o mercantil del deudor), como LA UNIDAD LEGAL (se regularían en una sola ley los aspectos materiales y formales del fenómeno concursal), se mantienen *dos procedimientos* diferenciados:

1. PROCEDIMIENTO GENERAL DE CONCURSO DE ACREEDORES: procederá en caso de insolvencia del deudor común, entendida ésta, en sentido amplio, como la situación del deudor que, por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito, no puede cumplir puntualmente sus obligaciones, estableciéndose dos presunciones de insolvencia, una que presume insuficiencia de medios propios en el caso de embargos por ejecuciones pendientes que afecten a la totalidad o a la mayor parte del patrimonio del deudor; y otra, presumiéndose la falta de crédito en caso de titularidad de uno o más créditos que hubieran vencido, al menos, tres meses antes de la presentación de la solicitud de concurso.

(12) *Vid. Infra*. CAPÍTULO IV, ap. 2.1 y 3, sobre *La postergación de créditos en el Anteproyecto de la LSRL de 1993*. En síntesis, dicho intento de regulación positiva de la infracapitalización nominal «postergaba» los créditos aportados por los propios socios a la sociedad como fuente de financiación externa, evitando su posición privilegiada respecto de otros acreedores en un eventual procedimiento concursal.

(13) Sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, véanse los trabajos de LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La propuesta de anteproyecto de ley concursal y los derechos de los trabajadores en la crisis de la empresa», en *AL*, núm. 48, 23-29 diciembre de 1996; y BELTRÁN E.: «Una nueva propuesta de ley concursal», en *AA*, núm. 237, marzo, 1996.

2. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE SUSPENSIÓN DE PAGOS: se exige, de un lado, que el activo real sea manifiestamente superior al pasivo exigible con el mínimo de un tercio superior al valor de éste; y, de otro, que el deudor común no tenga obligaciones vencidas o, caso de tenerlas, que las vencidas no superen el cinco por ciento del total del pasivo y que, en ningún caso, el vencimiento sea anterior en más de tres meses.

Por otra parte, según el artículo 4.1 de la Propuesta «para solicitar la declaración judicial del concurso, están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores». Asimismo, se sustrae al conocimiento separado de la jurisdicción social las cuestiones litigiosas en materia de créditos salariales, por cuanto el artículo 61 de la Propuesta establece que «los acreedores del deudor anteriores a la declaración de concurso no podrán interponer demanda de juicio declarativo o ejecutivo ante Jueces o Tribunales del orden civil o del orden social, así como tampoco formular demanda ante árbitro o Corte de arbitraje...».

Finalmente, a tenor de la redacción dada a los artículos 64 a 66 de la Propuesta, se llega a la conclusión de que el privilegio de ejecución separada, a excepción del expediente de suspensión de pagos, desaparece.

En efecto, el artículo 64 establece que «*El Juez del concurso es el único competente para acordar ejecuciones y embargos de cualquier clase sobre bienes y derechos integrados en la masa activa*».

Por su parte, el artículo 65 dice:

- «1. *Declarado el concurso, ningún acreedor podrá iniciar ejecuciones por deudas anteriores.*
2. *Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales, hayan sido o no acumuladas, y los apremios administrativos iniciados antes de la declaración del concurso, así como los embargos que se hubieran practicado, quedarán en suspenso desde la fecha de esta declaración, sin perjuicio del privilegio que puedan tener dentro del concurso los créditos correspondientes*».

Finalmente, el artículo 66 señala:

- «1. *Las ejecuciones pendientes de las que en el momento de la declaración estén conociendo Jueces o Tribunales del orden civil o del orden social serán acumuladas al concurso, salvo que se hubiese celebrado ya la subasta y adjudicado el bien o el derecho al rematante*».

En conclusión, la ejecución laboral, de prevalecer sobre la civil, pasará a ocupar un rango subsidiario y, únicamente en crisis de empresa, mientras no se inicie el concurso de acreedores, se tramitará la ejecución laboral.

III. LA TUTELA DEL DERECHO DE CRÉDITO DE LAS CUOTAS SOCIALES EN SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1. Consideraciones previas y problemas planteados.

Si el problema de la «flexibilidad» o «desregulación» del actual sistema de relaciones laborales ha venido siendo objeto en los últimos años de uno de los más intensos debates en los ámbitos económico, político y jurídico de nuestro país, con particular proyección en el Derecho del Trabajo, ello no hace sino constatar la práctica generalización de los cambios operados en las formas organizativas de empresa basadas en la «descentralización productiva», fórmula económica a la que, no obstante, la reforma laboral operada en 1994, sigue sin adaptarse el modelo legal.

En principio, *la descentralización productiva* consistiría en «una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo en virtud de la cual una empresa -que denominaremos *empresa principal*- decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales -que llamaremos *empresas auxiliares*- con quienes establece a tal efecto acuerdos de cooperación de muy diverso tipo» (14).

Por esta vía, la empresa descentraliza parte del producto que elabora o del servicio que ofrece para que la lleven a cabo otras empresas o profesionales que, a su vez, en una cadena sucesiva de descentralizaciones, puedan reproducir dicho mecanismo legal hasta darse el caso, no infrecuente, de empresas de servicios que en sí mismas no realizan ninguna actividad productiva directa, toda vez que su objeto social es precisamente el de contratar con otras empresas la realización de cada una de las parcelas en las que se descompone la fabricación de un producto o prestación de un servicio.

(14) CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», en *RTS*, núm. 13, marzo, 1994, pág. 8. Del mismo autor, «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontrata», *RL*, I, 1992, pág. 114 y ss. Asimismo, BLAT GIMENO, F.: «*Régimen jurídico-laboral de la descentralización productiva*», Tesis, Valencia, 1989; y MARTIN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de contrata y subcontrata de obras y servicios», en AA. VV.: «*Comentarios a las leyes laborales*» (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), 2.^a edic., Madrid, 1988, pág. 213 y ss.

Junto a este fenómeno de externación de la producción -denominada *descentralización externa* o del «trabajo asalariado»-, se ha desarrollado paralelamente un proceso de flexibilización en el interior de las empresas unitarias -*descentralización interna* o «empresarial»-, mediante la adquisición de independencia jurídica y de un cierto grado de autonomía organizativa y de gestión de las distintas áreas o fases de producción que antes desarrollaba exclusivamente la empresa unitaria.

Pues bien, partiendo de la estrecha interdependencia entre las distintas formas de descentralización, sean éstas internas o externas, si resulta indudable que el fenómeno de *la descentralización productiva* ha ido produciendo diversos efectos en las instituciones jurídico-laborales y de Seguridad Social, desde el punto de vista de nuestro trabajo nos interesará sobre todo destacar, de un lado, su incidencia en el régimen de atribución de la responsabilidad de cotización, por vía derivada o de accesión *ex lege* (15), al *empresario principal* respecto de las *empresas auxiliares*, contratistas o subcontratistas, por los incumplimientos de estas últimas en su obligación legal de cotización; y, de otro lado, las consecuencias que de este orden puedan derivarse en función de los vínculos establecidos ajenos, en principio, a los de carácter laboral) o, dicho de otro modo, «la responsabilidad del grupo» (16) por los créditos que, eventualmente, cualquiera de las empresas vinculadas al mismo pueda contraer con la Seguridad Social.

Dos factores, a nuestro juicio, contribuyen a dotar de relevancia este fenómeno en relación con el objeto de este trabajo:

Por una parte, la actual regulación del régimen de responsabilidades impuestas al empresario principal en supuestos de contratas y subcontratas -concretada no sólo respecto del cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, incluida la responsabilidad en orden a las prestaciones, sino asimismo en materia de prevención de riesgos laborales y de corresponsabilidad administrativa en materia de prestaciones, incluida la de desempleo-, no sólo no responde adecuadamente a la nueva realidad del sistema de relaciones laborales sino que, en un perceptible deseo último del legislador de «prevenir» todas las posibles patologías del fenómeno descentralizador, parece no haber tenido en cuenta las dificultades, a veces insuperables, para la aplicación práctica del citado modelo legal de responsabilidad, sobre todo en los aspectos referentes *a la delimitación de los ámbitos subjetivo y temporal de la misma*, echándose de menos **un procedimiento** que articule el mismo en aras de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de presunción de inocencia que, en cualquier caso, deberán prevalecer sobre la inopinada «presunción de culpa *in vigilando*» que dicho régimen ha desplazado hacia el empresario principal.

(15) MONEREO PÉREZ, J.L., en «*Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*», MTSS, Madrid, 1987, pág. 526, señala que por accesión legal en la responsabilidad se entiende «aquel fenómeno por el que la ley deja subsistir como relación de solidaridad o subsidiariedad el débito preexistente».

(16) Aunque tradicionalmente la figura del «grupo» se asocie a un fenómeno de concentración empresarial (*holding*) y, si bien la enorme complejidad del régimen jurídico-laboral de los grupos de empresa «no se relaciona *stricto sensu* con un modelo descentralizador, toda vez que son muy variadas las causas económicas, sociales o jurídicas que determinan su desarrollo en el tráfico mercantil, la vía organizativa de los grupos puede ser utilizada como medio de estructuración de un modelo descentralizado, de tal suerte que se decida fragmentar el proceso productivo en distintas fases, asignando a cada una de ellas a diferentes filiales del grupo»; CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y sistema...», *op. cit.*, pág. 10.

En efecto, la extensión del modelo de economía descentralizada puede repercutir negativamente en la eficacia del régimen de responsabilidad que analizamos teniendo en cuenta que, como señala la doctrina, el referente legal típico del artículo 42 TRLET, circunscrito a un modelo de subcontratación dependiente y situado en el sector industrial, ha ido cediendo su preeminencia en favor del surgimiento de una serie de empresas auxiliares que, junto al desplazamiento hacia el exterior por parte de la empresa principal de ciertos riesgos vinculados al ciclo productivo, ya no se hallan sometidas exclusivamente al «encargo» de esta última, por lo que resulta más difícil la delimitación del ámbito material y temporal de la responsabilidad legalmente prevista, es decir, la identificación de los trabajadores que ejecutan una determinada contrata y el tiempo dedicado a la misma. Ahora bien, no obstante la cierta autonomía de estas empresas auxiliares, la mayor debilidad en su estructura económica y patrimonial, entre otras razones, hace que sean frecuentes sus incumplimientos frente a la Seguridad Social, cuando no propenden a engrosar los focos de la economía sumergida, no sólo en determinados momentos de difícil coyuntura económica, sino por mor de la sencilla regla económica de ajuste en la curva de precios y salarios.

A su vez, respecto de los grupos de empresa considerados desde esta perspectiva de descentralización, si bien la mayor o menor flexibilidad que adopte el modelo legal de relaciones laborales determinará, respectivamente, en buena medida, la disminución o incremento de las necesidades empresariales de descentralización productiva, la realidad en la implantación de esta fórmula económica y organizativa incidirá de forma invariable en la práctica de imputación de responsabilidad que analizaremos, sobre todo cuando aquélla venga acompañada por fenómenos de transmisión o cambio en la titularidad empresarial encuadrables en el artículo 44 TRLET.

En este sentido y, consecuentemente con el fin práctico de este trabajo, plantearemos dos hipótesis: de un lado, *la consideración del grupo como sujeto único a efectos jurídico-laborales y de Seguridad Social y la posible derivación de responsabilidad a las sociedades que lo integran por las deudas contraídas con esta última*; y, de otro lado, *la idoneidad en la aplicación de la doctrina del «grupo de empresas» o del «empresario único» ante determinados supuestos de transmisión y cambio en la titularidad empresarial* que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, son considerados como no encuadrables en el régimen que contempla el artículo 44 TRLET.

Por otra parte, el propio desarrollo reglamentario que hace el RGR del texto legal en materia de responsabilidad por contratas y subcontratas, concretamente su artículo 12.1 -del que ha señalado la doctrina su insuficiente cobertura legal (17)-, junto a la doctrina establecida por el *Tribunal Supremo* en su *Sentencia de 18 de enero de 1995* (RJ 1995, 514), dictada en *Unificación de Doctrina* -doctrina interpretada posteriormente por el Alto Tribunal en su *Sentencia de 15 de julio de 1996* (18), y otras de *27 de septiembre y 18 de*

(17) CAMPS RUIZ, L.M.: «El nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social y el Régimen Jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios», *TS*, CISS, octubre 1995, pág. 9 y ss.

(18) *AL*, núm. 45, diciembre de 1996.

noviembre de 1996 (19)-, suponen de un lado, tanto una restricción específica de la genérica responsabilidad subsidiaria establecida en el TRLGSS (art. 12.1 RGR), como una interpretación extensiva de la norma legal respecto de la exoneración de responsabilidad mediante la certificación negativa por descubiertos entregada al empresario principal (art. 10.3.b RGR); y, de otro lado, por vía jurisprudencial, la exclusión del ámbito de responsabilidad solidaria respecto de aquellas contratas dedicadas a actividades que podemos denominar «complementarias» y que, aun siendo «indispensables» para lograr el fin empresarial, no forman parte del ciclo productivo propiamente dicho del comitente o empresario principal, por lo que no han de considerarse por tanto como pertenecientes a la «propia actividad» de este último.

Todo ello, entendemos, puede incidir negativamente en la tutela efectiva de los derechos de crédito de las cuotas sociales toda vez que, según lo que acaba de exponerse, junto a una posible limitación de la eficacia en la aplicación del precepto, se da la circunstancia de que son precisamente aquellas empresas dedicadas a actividades «auxiliares» o «complementarias» las que, a la luz de los supuestos más frecuentes resueltos por la jurisprudencia en los últimos años, con mayor frecuencia incumplen sus obligaciones laborales y de cotización: léase *ad exemplum*, empresas de limpieza, de seguridad y vigilancia o de mantenimiento (20).

2. La descentralización productiva y el régimen legal de responsabilidad por contratas y subcontratas en materia de cotización a la Seguridad Social.

2.1. Posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno al concepto de «propia actividad»: su incidencia en el derecho de crédito de las cuotas sociales.

La normativa básica que regula, en materia de cotización a la Seguridad Social, el régimen legal de responsabilidad impuesto al empresario -comprendido en el amplio *ius* laboralista del art. 1.1 TRLET-, por la contratación y/o subcontratación de obras y servicios, está contenida, de un lado, en el artículo 42 del TRLET; y de otro, en los artículos 104.1 y 127.1 del TRLGSS y normas de desarrollo (arts. 10, 11 y 12 RGR, y 15.2 RGCL), sin perjuicio de otras normas sobre responsabilidad en orden a las prestaciones de Seguridad Social (127 TRLGSS), donde la doctrina mayoritariamente afirma la subsistencia de los artículos 66 y 98 del anterior TRLGSS, así como en los artículos 24, 41 y 42 de la LPRL, y de corresponsabilidad en el plano administrativo, desde la Ley 22/1993, -arts. 15.7 y 29.3.5 LISOS- (art. 41 RPS).

(19) *AL*, núm. 7, febrero de 1997.

(20) CAIROS BARRETO, D.M.: «La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y de seguridad», *AL*, núm. 11, marzo de 1996.

Dicha legislación impone al **empresario principal** (21) una **responsabilidad solidaria o subsidiaria**, según los casos, respecto del cumplimiento de las obligaciones contraídas por las **empresas auxiliares** con sus trabajadores y con la propia Seguridad Social, debiendo recordarse que *«la condición de empresario que se recoge en el artículo 42 TRLET no se refiere exclusivamente a quien tiene la condición de titular de una organización económica empresarial (sino que), cuando se habla de contrata y subcontrata no se debe limitar al ámbito de la actividad privada sino que abarca la esfera pública (...).»* (STS de 15 de julio de 1996, ya citada).

En el ámbito específico de las obligaciones de cotización, el empresario principal **responde rá solidariamente** frente a la TGSS, salvo **exoneración** (42.1 TRLET), de todos los descubiertos derivados del incumplimiento de las empresas auxiliares en materia de cotización:

- a) por los trabajadores destinados a la ejecución de la contrata,
- b) por el período de vigencia de la misma, siendo exigible dicha responsabilidad durante el año siguiente a la terminación de su encargo,
- c) con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo (42.2 TRLET): ello quiere decir que las bases de cotización por las que se responda no podrán ser superiores a las que tienen los trabajadores fijos en la principal, aunque el límite de las percepciones salariales, lógicamente, no vendrá fijado por la retribución legal o convencional, sino la efectivamente percibida de ser superior a aquella (art. 109 TRLGSS, con las modificaciones introducidas por el art. 82 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre), incluyéndose los incentivos, pluses, partes proporcionales de pagas extraordinarias y compensación económica por vacaciones no disfrutadas (STSJ de Castilla-La Mancha, de 27 de enero de 1994, RJ 342), aplicándose en cualquier caso las reglas previstas en el 85.2 RGR.

Por su parte, de la lectura de los artículos 104.1 y 127.1 TRLGSS se desprende una **responsabilidad subsidiaria** para el empresario principal, en el supuesto de que *«la correspondiente obra o industria estuviera contratada»*, con la única exclusión expresa de *«las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda»*, respondiendo de las obligaciones del empresario si el mismo fuera declarado *insolvente*.

Respecto al ámbito de aplicación de esta última responsabilidad se ha señalado que, si bien las normas laborales restringen para las contrata referidas a la **«propia actividad»** del empresario principal, los preceptos del TRLGSS *delimitan su ámbito de aplicación con mayor extensión*, pues

(21) PÁRAMO, P.: *«Las responsabilidades empresariales en el ámbito laboral y de Seguridad Social»*, CISS, 1996, pág. 145 y ss. Ante la indefinición legal de dicho concepto, este autor lo hace coincidir con el de «propietario de la obra o industria», remitiéndose al artículo 2 de la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio de 1992. Asimismo conceptualiza **la contrata de obras o servicios** como el negocio jurídico a través del cual el empresario principal cede una fase productiva a una empresa auxiliar.

lo refieren a **todas las contrata**s que no se hubieran concertado por un amo de casa para atender las reparaciones de su vivienda, con independencia de que correspondan o no a la propia actividad de la empresa principal.

Sin embargo, el artículo 12.1.1.º del RGR, donde se señala: «*Para las contrata*s o *subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, el propietario de la obra o de la industria contratada y por el período de vigencia de la contrata o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena, así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido responsable, en todo o en parte, de las mismas, a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente*», podría carecer de la suficiente cobertura legal, por cuanto «supondría convertir en específica la genérica responsabilidad subsidiaria establecida en el TRLGSS, limitándola, al igual que la solidaria derivada del TRLET, a las contratas relativas a la "propia actividad" del empresario principal» (22).

En efecto, si la dicción legal del artículo 42 del TRLET manifiesta una voluntad de generalización, toda vez que a diferencia de la responsabilidad en materia laboral, reconducida a lo estrictamente salarial, en materia de Seguridad Social no establece matices ni excepciones, de forma que abarca de forma omnicompreensiva toda obligación de la empresa auxiliar en esta materia (cotización, responsabilidad especial en orden a las prestaciones, incluyendo el pago de las mejoras voluntarias), la referencia a dicho precepto que hace el artículo 127.1 del TRLGSS («*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores...*»), no puede sino remitir a dicha voluntad generalizadora, de la que no puede sustraerse en materia de cotización el límite específico introducido por el artículo 12.1 RGR respecto de la mencionada responsabilidad subsidiaria.

Es precisamente en este aspecto, **la actividad objeto de la contrata o subcontrata** en relación con la desarrollada por la empresa principal, donde tradicionalmente se han suscitado mayores controversias, hallando en ella la doctrina una de las claves fundamentales del precepto. Y no podía ser de otro modo por cuanto, de manera obvia, si la contrata no se considera como perteneciente o circunscrible a la «**propia actividad**» de la empresa principal, no nacerá la responsabilidad que estudiamos.

Considerada como poco agraciada la expresión legal desde una perspectiva económica de estructuración del proceso productivo, el término «propia actividad», que no cabe confundir con «*misma actividad*» (23), aludiría de forma genérica a *aquella que, formando parte de su ciclo productivo, fuese indispensable para la explotación empresarial* o, siguiendo la doctrina más autorizada, a una correspondencia en la actividad cuando las obras o servicios objeto de la contrata, de no

(22) CAMPS RUIZ, *op. cit.*, pág. 11.

(23) La jurisprudencia ha venido rechazando esta identificación entendiendo que ello haría prácticamente inaplicable el precepto (STCT de 11-5-1988, RJ 1988, 3480). No obstante, hasta su derogación por la LPRL, en el párrafo 2.º del artículo 40 de la LISOS todavía se utilizaba la expresión «misma actividad».

concertarse ésta, tendrían que ser realizadas por el empresario principal, empleando su propio personal, ya que, de no tener ejecución, no resultaría adecuadamente cumplida su específica actividad empresarial (24). En este sentido se pronunció la *STS de 2 de diciembre de 1987*, Sala 3.ª, RJ 1987, 9274, extendiendo la «propia actividad» a toda contrata en la que sea «*advertible una conexión directa o indirecta con el proceso productivo de la empresa principal*». Por este criterio «extensivo», también se ha señalado que la limitación a la propia actividad no tiene sentido, pues «todas las obras y servicios que contrata como tal un empresario son de su propia actividad» (25).

Por su parte, éste era también el criterio mantenido en la mayoría de los casos por el extinto TCT que, en general, consideraba ajenas a la propia actividad del comitente únicamente aquellas obras o servicios desprovistos de finalidad productiva y/o desconectados de las actividades accesorias normales de la empresa (26). También ésta fue la posición tomada por la *Sala 3.ª del Tribunal Supremo* (por todas, SSTS de 2-12-87, RJ 1987, 9274; 27-6-1991, RJ 1991, 6611; y de **Unificación de Doctrina, de 18-4-92**, RJ 1992, 4849), y por buena parte de los Tribunales Superiores de Justicia (por todas STSJ de Cataluña, de 5-3-1993, RJ 1505; y de Andalucía, de 18-3-1993, RJ 1340).

No obstante, *la STS de 18 de enero de 1995*, dictada en **Unificación de Doctrina** (RJ, 1995, 514), variando el criterio general, ha delimitado el concepto de «propia actividad» excluyendo las realizadas por aquellas que hemos denominado «complementarias».

Referida a una contrata que servía la vigilancia y seguridad de los edificios de la Junta de Castilla y León, la sentencia impugnada en el recurso, dictada por el TSJ de Castilla y León, de 23 de noviembre de 1993, razonaba, refiriéndose a la propia actividad, que: «... sólo pueden considerarse ajenas a ella las obras o servicios desprovistos de finalidad productiva y desconectados de las actividades accesorias normales de la empresa, entre las que no cabe incluir la actividad de vigilancia de los edificios e instalaciones de la Junta de Castilla y León, pues éstas son, sin duda, actividades accesorias de la principal y coadyuvantes a la prestación de servicios administrativos propios de la Junta».

En primer lugar, hay que decir que esta sentencia origen del pronunciamiento del Supremo, se inscribe dentro de una serie de fallos de distintos TTSSJ con interpretación «extensiva» del concepto de «propia actividad», pudiendo señalarse, entre otros, el del TSJ de Andalucía, 18-3-1993,

(24) Se trata de la idea de la potencial «sustituibilidad» por la empresa principal de la actividad desarrollada por la empresa auxiliar. Vid. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», *IES*, Madrid, 1980, pág. 6 y ss.

(25) ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.E.: «Derecho del Trabajo», 14.ª edición, (F.D.), Madrid, 1995, pág. 104. En este sentido también MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.: «Derecho del Trabajo», Tecnos, 4.ª edic., Madrid, 1995, pág. 239 y ss.

(26) Aunque con pronunciamientos contradictorios, ésta era la tónica general. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, pág. 127, aporta una relación significativa de sentencias, contrastando las más relevantes, como la consideración de que hay propia actividad en la limpieza de los locales de una empresa industrial (STCT de 25-4-1986, AS 1986, 2804), mientras no se considera como tal la limpieza de oficinas en una entidad de crédito (STCT de 20-10-1983, AS 1983, 8666).

(RJ 1340); del TSJ de Aragón, 15-12-1993, (RJ 5491), pero sobre todo del TSJ de Cataluña, pudiéndose citar las de 23-3-93 (RJ 1545) -*Telefónica como empresa principal, ejecución de obras de construcción o reforma de canalizaciones, zanjas, oras de fábrica para cables como empresa contratista primera, y empresa de creación y diseño de objetos para la ejecución de las anteriores obras como empresa subcontratista*-; de 20-9-1993 (RJ 3837), -*Empresa de instalación y reparación de líneas telefónicas como principal respecto de empresa de ingeniería y ejecución de trabajos de ingeniería como contratista*-, o la de 5 de marzo de 1993 (RJ 1505) -*Administración Pública respecto al servicio de alumbrado como contratista*-. Ahora bien, ya existían pronunciamientos en contra respecto del servicio de vigilancia (STJ de Andalucía, de 16-3-93, RJ 1311 -*Centro Comercial respecto de servicios de vigilancia*-), y anteriormente del TCT, por todas, la de 30 de noviembre de 1987, RJ 26588, -*Empresa química como empresario principal*-.

En un primer momento, el TS reconduce el concepto de «propia actividad» a los pronunciamientos emitidos por la que él mismo denomina «doctrina mayoritaria», transcribiendo que las obras o servicios correspondientes a la propia actividad son «... *las que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad. También la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de ese tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras o servicios debieran realizarse necesariamente por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. En general, la doctrina es partidaria de una aplicación "in extenso" del concepto de contratas correspondientes a la propia actividad de la empresa. Sólo quedarían fuera las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma*».

No obstante, a continuación rechaza de plano dicha conceptualización argumentando que ella conduciría a la conclusión de que: «... *todo o casi todo lo que sea objeto de contrata estará normalmente relacionado con el desarrollo de la actividad a que se dedique la empresa. No obstante, una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de propia actividad nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 mencionado. Si se exige (el requisito de la propia actividad) es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial*» (27).

De cualquier forma, el TS renuncia explícitamente a formular un criterio general, al advertir que «*la solución a la problemática apuntada, sólo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto... concluyendo que en el presente caso... no estamos ante un supues-*

(27) En esta línea se había decantado ya CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 131, al señalar que «Procediendo a una lectura de mera lógica del precepto legal, parece obvio que ha sido voluntad del legislador que no todas las actividades contratadas se integren dentro del supuesto de hecho del artículo 42» Cabría afirmar que se ha querido excluir del ámbito de la responsabilidad la realización de ciertas obras o servicios para la empresa principal que, si bien son de necesaria ejecución para la consecución del fin social, no coinciden con lo que es el centro de su ciclo productivo.

to de (propia actividad)... ya que resulta obvio que la actividad de la Junta de Castilla y León no es la prestación de servicios de seguridad y protección, propia de las empresas demandadas, sin que dicha actividad tenga tampoco el carácter de complementaria absolutamente esencial para el desarrollo de la principal actividad desarrollada por la Junta».

En definitiva, la expresión «propia actividad» identificaría para el TS aquellas tareas que o bien corresponden al objeto de la «actividad principal» desarrollada por el comitente, o bien tengan el carácter de «absolutamente esenciales» para la ejecución no ya del conjunto de la actividad empresarial, sino de aquella parte de la misma integrante de su actividad principal o específica.

Según esto, quedarían pues excluidas del ámbito del artículo 42 del TRLET todas las contrataciones referidas a **actividades «complementarias»**, aunque sean «indispensables» para la estructura productiva de la empresa y siempre que no formen parte del «ciclo productivo» de la empresa principal, entendido éste como «el complejo de operaciones normal e íntegramente necesarias para obtener un resultado, en el cual se identifica la empresa» (STS de 2-12-87, RJ 1987, 9274).

Pues bien, esta exclusión, junto a la limitación específica ya estudiada que hace el RGR (art. 12.1) respecto de la responsabilidad subsidiaria imputable a las contrataciones relativas a la «**propia actividad**» del empresario principal, suscita enormes dudas e interrogantes desde la perspectiva de nuestro análisis sobre la tutela efectiva del derecho de crédito de las cuotas sociales.

Dicha preocupación obedece, fundamentalmente, al hecho de que, si bien dichas actividades son claramente externas o, a lo sumo, tangenciales al núcleo productivo de la empresa principal, las empresas auxiliares que las desarrollan son también -por distintas razones y a la luz de la jurisprudencia de los últimos años, a menudo en compañía de fenómenos de subrogación empresarial y transmisión ya estudiados, además de hallarse la mayoría de las veces **infracapitalizadas** y no existir un régimen de responsabilidad administrativa de los administradores de dichas sociedades en materia de cotización, según veremos en los capítulos siguientes-, las que con mayor frecuencia propenden a incumplir sus obligaciones con la Seguridad Social, particularmente y en lista no exhaustiva, las de limpieza, seguridad y vigilancia, las de servicios de comedor y cafetería del personal de la empresa dedicada a distinta actividad, las de transporte respecto de la empresa de producción de bienes o servicios, las de mantenimiento ordinario de instalaciones, etc.

En definitiva, tras lo expuesto, puede darse la circunstancia de que en determinadas hipótesis de contrataciones y subcontratas dedicadas a actividades auxiliares o complementarias respecto de la empresa principal, *ésta no sólo no responda solidariamente respecto de los descubiertos contraídos por aquélla durante el período de vigencia de la contrata, sino que ni siquiera respondería subsidiariamente en caso de insolvencia*. Ello, entendemos, no se ajusta a lo que, de forma unánime, considera la doctrina como función primordial del precepto, cual es garantizar los créditos tanto de los trabajadores como de la Seguridad Social frente a empresas morosas o insolventes. Y ello, mediante una vía no prohibitiva o limitativa de dichas contrataciones, lo que sería contrario a nuestra Constitución, sino facultativa de un deber de comprobación de que aquéllas se encuentran al corriente de sus obligaciones, desaconsejando en caso contrario la celebración del negocio jurídico.

Por otra parte, la exclusión de dicha actividad como propia, hecha por la citada *STS de 18 de enero de 1995*, ha tenido ya incidencia en los pronunciamientos posteriores del Alto Tribunal, concretamente en las ya referenciadas de *15 de julio de 1996* -donde, no obstante apreciarse «propia actividad» en el supuesto de concesión administrativa del servicio de asistencia pública domiciliaria por un Ayuntamiento, se señala que «...esta doctrina no es contraria a la Sentencia del TS de 18-1-1995, ya que en aquel supuesto no existía identidad en la actividad concertada y la desplegada por la entidad pública contratante» (criterio mantenido en las *Sentencias posteriores del TS de 27 de septiembre y 18 de noviembre de 1996*), y sobre todo en los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, entre los que destaca la *STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de julio de 1995* (RJ 2757).

En efecto, a la luz de esta doctrina, los criterios tradicionales sobre el concepto de «propia actividad» han venido a modificarse. A título de ejemplo, si bien quedaban excluidas claramente las obras de infraestructura de construcción o reparación de los locales de trabajo, así como los de instalación y puesta en funcionamiento de maquinaria e instrumentos de trabajo (STSJ de Cataluña de 21-4-1995, RJ 1590 -*Pavimentación de unos talleres*-), y en general todas las contrataciones de realización de trabajos por empresas de construcción para otras que se dedican a actividades industriales o de servicios totalmente ajenos a la construcción (STS 14-12-1982, RJ 1982, 8011, *instalación de estructuras metálicas en los locales de una empresa industrial* (SSTCT de 6-4-1983 y 27-3-1985, RJ 2779 y 2153); *Obra pública respecto a Ayuntamiento* STCT 13-1-1987, RJ 408; *La Administración Pública respecto a la construcción* (STS de 10-12-1986 RJ 1986, 7320), había dudas sobre las celebradas para atender el mantenimiento de empresas (STSJ de Andalucía, de 6-2-1995 RJ 741, en relación con la *STS de 18 de abril de 1992*, en *Unificación de Doctrina*, RJ 1992, 4849).

Asimismo, también había criterios contrapuestos respecto de las contrataciones de limpieza de locales de la empresa principal (considerándolas incluidas las SSTSJ de Cantabria, de 12 de enero y 16 de marzo de 1995 (RJ 196 y 1059) -*Limpieza y mantenimiento de instalaciones fijas de FEVE y unidades de tren de cercanías, y la limpieza de los colegios públicos de titularidad municipal*-, en contra la de 2-6-1995, del TSJ de Canarias, S. Cruz de Tenerife, RJ 2443).

Pero la sentencia «paradigmática» de estas concepciones restrictivas es la del *TSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de julio de 1995* (RJ 2757), que no considera a una contrata referida a la propia actividad la celebrada entre una empresa, cuyo objeto social era la comercialización y patrocinio de productos de Jerez, a la que la sociedad «Expo 92» había adjudicado una concesión para la explotación de un restaurante y cuatro casetas de feria, y otra empresa, dedicada a la restauración y a la que la primera cedía el derecho de explotación de tales establecimientos.

Cabe plantearse si el Tribunal entendió a la empresa principal como «promotora» de los productos de Jerez, e incluiría a ésta entre las que un sector de la doctrina ha considerado como excluidas aquellas contrataciones efectuadas por empresas de servicios dedicadas a la mera **promoción** de un determinado negocio, pero que en el momento de realización de la actividad productiva en sí -de elaboración del producto o prestación del servicio propiamente dicho- desplazan su ejecución a otras empresas.

Como quiera que fuese, el Tribunal entiende que «...no basta con que estemos ante una actividad indispensable... si no forma parte integrante de su actividad productiva», y apoyándose en la de 18-1-1995: «es preciso que la obra o servicio contratado tenga conexión negocial con el objeto principal propio de la empresa contratista, que coincidan las labores esenciales de ambas empresas, o sea que las funciones que componen la sustancia industrial de la empresa principal sean las mismas que realiza la auxiliar».

2.2. Interpretaciones acerca de la exoneración de responsabilidad.

Como segundo problema básico, de posible incidencia en la materia que estudiamos, ha de señalarse el de **la exoneración** por parte del empresario principal de la responsabilidad que se contempla en el artículo 42 TRLET.

En principio, creemos necesario subrayar que, dentro de los aspectos novedosos introducidos por el RGR referidos a la derivación de responsabilidad, junto al ya examinado y problemático **artículo 12.1** (como lo es el apartado 5 del número 10, que se comentará en el capítulo dedicado a la responsabilidad de los administradores), el tenor literal del **10.3.b** resulta especialmente controvertido.

En efecto, si bien en este último se deja claro que **la responsabilidad de la que puede exonerarse el empresario principal es la solidaria**, aspecto sobre el que la doctrina había adoptado distintas posiciones al no hacerse mención expresa sobre este extremo en la norma legal, por otra parte se ha señalado que el contenido del mismo, al hacer una «interpretación extensiva» del precepto legal en el sentido que da el RGR a los términos «transcurrido este plazo» del número 1 o «salvo el transcurso del plazo» del número 2 del artículo 42 TRLET respecto de la certificación negativa de descubierto librada por la TGSS como causa de exoneración de responsabilidad, disponiendo que «...si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

Así pues, de la lectura del 10.3 b) del RGR, se desprende que el solicitante quedará exonerado de responsabilidad no sólo si transcurriese infructuosamente el plazo legal sino también cuando dentro del mismo «se extendiere certificación negativa» por descubiertos de cotización.

Pues bien, se ha señalado que dicha solución «no sólo ignora la letra de la ley, sino también su lógica interna» (28), puesto que **en el precepto legal no se establece que la certificación negativa produzca la exoneración de responsabilidad**.

(28) CAMPS RUIZ, *op. cit.*, pág. 15, señala que «teniendo en cuenta que se está ante la formulación legal de una excepción a la regla general de la comunicación solidaria de responsabilidades entre el empresario principal y el contratista, resulta obligado concluir que el RGR está haciendo una interpretación extensiva de un mandato restrictivo, sin que tampoco se aprecie, por otro lado, una identidad de razón que justifique el recurso a la analogía».

En efecto, esta dicción reglamentaria plantea dudas respecto de la hipótesis de que la TGSS libre una certificación negativa de descubierto y se exonere de responsabilidad al empresario aun en el caso de que el contratista pueda contraer obligaciones con posterioridad a dicha certificación, teniendo en cuenta que, no sólo la doctrina se ha inclinado por la interpretación de que la solicitud de certificación de descubierto ha de hacerse por una sola vez, sino que así lo ha interpretado la STSJ de Cataluña de 29 de abril de 1995: «Dicha Administración no debe beneficiarse de tal responsabilidad solidaria del empresario principal si obstaculiza, con su silencio, la comprobación que, respecto a la solvencia del subcontratista, pretende hacer el obligado... Le basta con que se cumpla una sola vez la obligación de comprobación con independencia de la duración de la contrata».

Esta hipótesis encuentra su apoyatura en una serie de premisas básicas. En principio, la empresa principal, como un deber «facultativo» (29), ha de comprobar que los contratistas se encuentran al corriente en el pago de cuotas a la Seguridad Social. Ésta es, pues, la principal consecuencia ligada al deber de comprobación por el empresario principal.

A este efecto, deben solicitar de la TGSS, con identificación de la contrata o subcontrata, certificación negativa por descubiertos de cuotas, que deberá librar en el improrrogable plazo de 30 días (hábiles, de conformidad con el art. 5 CC).

Según ello, en recta interpretación de la ley, la empresa sólo asume la responsabilidad solidaria si la certificación es positiva o si no la ha solicitado y la contrata tiene descubiertos, aunque nada le impide formalizar legalmente la contrata, pero asumiendo los posibles descubiertos.

No obstante, resulta claro que las obligaciones no se extenderán más que a las nacidas durante la vigencia de la contrata y que sólo será exigible la responsabilidad durante todo el año posterior a la terminación del «encargo», plazo, por tanto, especial respecto al general de prescripción para las obligaciones de Seguridad Social (art. 21 TRLGSS), desde la fecha en que debieron ser preceptivamente ingresadas las cotizaciones.

Por otra parte, al no precisarse en la ley el momento en que debe solicitarse la certificación negativa de descubiertos, se han planteado distintas posiciones doctrinales: la solicitud habría de hacerse sólo antes del perfeccionamiento de la contrata (30), tanto antes como después de su concertación (31), o únicamente después, con posibilidad de desistimiento si, una vez conocida la cer-

(29) Se mantiene el criterio de que la comprobación de la ausencia de descubierto constituye una facultad que le permite exonerarse de una responsabilidad respecto a débitos de la empresa auxiliar: SALA FRANCO, T.: «La descentralización del trabajo», en DURÁN LÓPEZ, MONTOYA MELGAR y SALA FRANCO: «El ordenamiento laboral español y los límites de la autonomía de las partes y a las facultades del empresario», Madrid, 1987, pág. 342.

(30) MARTÍNEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pág. 19; SALA FRANCO, *op. cit.*, pág. 342.

(31) CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 157.

tificación, no le interesara al empresario principal continuar la relación con el contratista o subcontratista (32). En este sentido, la *STSJ de Cataluña, de 29 de abril de 1995* (33) se apoya en la indefinición del tenor legal para aceptar que la solicitud puede hacerse tanto antes de iniciarse los trabajos objeto de la contrata como una vez comenzados ya los mismos, si bien en tal caso los efectos de dicha solicitud no cubrirían períodos anteriores a la misma.

En este sentido, el criterio de la propia TGSS anterior había sido el de considerar que debía solicitarse dicha certificación con carácter previo a la celebración de la contrata (Circular de la Dirección General de Ordenación Jurídica y de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 12 de abril de 1991, e Instrucción de la TGSS de 9 de julio de 1993).

En definitiva, hasta tanto que la empresa principal no tenga constancia de la situación de cumplimiento por la empresa auxiliar de las obligaciones de cotización a la Seguridad Social, no tiene sentido imponerle una responsabilidad solidaria respecto de esta materia concreta. Consecuentemente, la causa de la exoneración sería la privación al empresario principal de la información necesaria que le dé la oportunidad de desistir, dentro de un plazo razonable, de su propósito de concertar la contrata con el empresario auxiliar de que se trate, sin que, por tanto, quepa atribuir efecto exonerador alguno a la certificación negativa, en defecto, como es el caso, de previsión legal expresa en tal sentido.

2.3. Conclusiones y soluciones propuestas: la necesidad de regulación de un procedimiento en materia de responsabilidad por contratas y subcontratas.

Entre los diversos efectos que provoca la expansión de las formas de descentralización productiva destaca, como ningún otro, el incremento de las pequeñas empresas, cuya revalorización, observada en la Exposición de Motivos de la LSRL, se manifiesta especialmente en las contratas de obras y servicios.

Pues bien, es en estas últimas donde con mayor claridad resulta apreciable una tendencia generalizada hacia la especialización y flexibilidad que el fenómeno descentralizador exige, suponiendo en la práctica una elevación en los índices de rotación, tanto externa como interna, de las pequeñas empresas que, en última instancia, se materializa en su constante creación y desaparición, con particular incidencia de signo negativo en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social.

Por su parte, el régimen de responsabilidad impuesto al empresario principal por contratas y subcontratas -sin entrar a examinar la justificación de su «amplitud»- no responde adecuadamente, tal vez por esto último, a los problemas insuperables que se producen en la práctica, sobre todo en el aspecto de la delimitación del ámbito subjetivo y temporal de la misma, resultando por ello nece-

(32) GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo en las contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, núm. 130, 1981, págs. 32-33.

(33) Publicada en *AL*, 1563.

sario, en aras de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de presunción de inocencia, la regulación de un procedimiento que, ponderando convenientemente el alcance objetivo de dicha responsabilidad, vierta las soluciones apropiadas respecto de aquellos puntos en conflicto, ya examinados, que hacen prácticamente inoperante la aplicación del precepto legal.

Como ejemplo de las dificultades apuntadas, pueden señalarse los problemas observados precisamente en el modelo de *contrato de trabajo «de obra o servicio»* (art. 2 del RD 2546/1994, de 29 de diciembre), cuyo referente legislativo, situado en esa forma concreta de plasmación de la relación laboral, está llamado a ser, según es conocido, uno de los cuatro únicos modelos de contratación en nuestro país.

En efecto, sobre todo en ámbitos tradicionales de desarrollo de la descentralización productiva, cual es el sector de la construcción -típico destinatario de dicha modalidad de contrato de trabajo-, el modelo legal de responsabilidad que examinamos resulta particularmente problemático: la falta de adecuación entre el Convenio General de la Construcción, de 4-5-1992 (BOE del 20) y la norma reglamentaria resulta clara en este sentido. Desde el momento en que el artículo 29.2 del Convenio, al establecer la figura del «trabajador fijo de obra», permite su movilidad geográfica en el ámbito de la provincia y, por ende, la posibilidad de «trasvasar» trabajadores de unas a otras, se está limitando la eficacia de lo establecido en el artículo 2.2 de la norma, que exige la especificación clara y precisa del carácter de la contratación, así como la identificación suficiente de la obra o servicio que constituya su objeto y la duración de la misma.

Ello no sólo incide en aspectos tan importantes como es la indeterminación de la situación legal de desempleo del «trabajador fijo de obra» y la posibilidad de efectuar «rotaciones internas» dentro de la empresa, con alternancia en las prestaciones de desempleo sino que, en la materia que ahora nos interesa, supone añadir un elemento más de dificultad práctica en la aplicación de la responsabilidad que estudiamos, al no poder delimitarse claramente la vigencia temporal y el ámbito subjetivo de imputación de la misma. Es decir, si el fundamento legal o «*ratio*» para la imposición de responsabilidades a la empresa principal deriva del hecho de que, directa o indirectamente, ésta obtiene el resultado productivo de los servicios efectuados por los trabajadores de las empresas auxiliares, la eficacia en la aplicación de la misma se verá proporcionalmente mermada al grado de dificultad en la identificación de qué trabajadores y qué servicios, cuyos frutos o utilidad patrimonial se proyectan sobre aquélla, son los efectivamente realizados por éstos.

En definitiva, queremos decir con ello que si, por una parte, el modelo legal está basado en la mayor solvencia económica de la empresa principal frente a la *descapitalización* o *infracapitalización* generalizada de las auxiliares y, por otra, si el objetivo del legislador se dirige básicamente hacia la protección de los intereses de la propia Seguridad Social (al tener en buena medida garantizadas las prestaciones correspondientes los trabajadores en virtud del principio de automaticidad), su preocupación principal será evitar, no sólo que el fenómeno descentralizador se convierta en una vía de expansión de la economía sumergida, sino de elusión de la responsabilidad por el mal uso o exclusivamente interesado de la empresa consolidada de este modelo de gestión y producción empresarial.

Si ello es así, el legislador no podrá permanecer indiferente ante las consecuencias negativas que puedan derivarse de un proceso descentralizador incontrolado y basado exclusivamente en la obtención de la máxima rentabilidad económica a corto plazo, de previsibles consecuencias en el ámbito concreto de la Seguridad Social y que, creemos, han sido suficientemente observadas en la introducción de este trabajo.

No obstante, nuestro ordenamiento no podrá afrontar el problema por vía limitativa o prohibitiva -recordemos el intenso debate previo a la legalización de las Empresas de Trabajo Temporal-, o introduciendo condicionantes al desarrollo de este proceso económico. Más bien, apunta la doctrina, quizá deba primar la penalización legal -de carácter económico básicamente- a las empresas que transfieren parte de su actividad a otras habitualmente insolventes o morosas, incumplidoras con sus obligaciones laborales, fiscales, o de Seguridad Social. A estos efectos, se señala como medida eficaz la tradicional exigencia de «*hallarse al corriente en las obligaciones con la Seguridad Social*» para la obtención de subvenciones o reducción en la cotización por las contrataciones acogidas a medidas de fomento de empleo (34), concretada ahora en el artículo 77 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

En este sentido, puede afirmarse que dicha medida de carácter *prudencial*, por otra parte considerada tradicionalmente como muy acertada, verá enervada su eficacia si no va acompañada de otras que tengan en cuenta otros fenómenos paralelos, como son las nuevas formas de subrogación o cambio en la titularidad empresarial (*arrendamiento de empresa*), o el propio de la descentralización productiva a través del «grupo de empresas» que ya hemos analizado. A título de ejemplo, resulta significativo que el Convenio Nacional de servicios de limpieza prevea la subrogación obligatoria para las empresas públicas que asuman el servicio tras un cambio de titularidad (art. 49: Resolución 12-2-1996, BOE de 7 de marzo, I.L. 931).

Pero también se apuntan otras medidas, bien presentes en el Derecho comparado (35), o en nuestra propia legislación precedente (art. 19.2 LRL y art. 4 Decreto 3677/1970), donde se exigía que las contrataciones se efectuasen con empresas auxiliares que estuviesen en posesión del « *carnet de empresa con responsabilidad*» y que se «hallasen al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social» (36).

Asimismo, la doctrina se muestra unánime en el sentido de entender toda la regulación en materia de responsabilidad por contrataciones y subcontratas como una finalidad, directa o indirecta, de saneamiento del mercado respecto de las empresas de escasa solvencia, estableciendo la ley una fuer-

(34) Presente en la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas de fomento de empleo, pero también en otros ámbitos, como el artículo 9.8 de la Ley de Contratos del Estado, no facultando para contratar con la Administración a las empresas que no se hallen al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o de Seguridad Social; o en las normas del Ministerio de Economía y Hacienda, el artículo 81 de la Ley General Tributaria, y otras referidas a subvenciones: artículo 2 de la Orden de 25 de noviembre de 1987, (justificación del cumplimiento de las obligaciones frente a la Seguridad Social por beneficiarios de las concedidas con cargo a Presupuestos Generales del Estado); o la Orden de 28 de abril de 1986.

(35) Prueba de ello es que, por ejemplo, dentro de la legislación italiana se hace expresa mención de estas contrataciones -carga, transporte, limpieza y mantenimiento ordinario de las instalaciones- para incluirlas dentro de la responsabilidad solidaria allí prevista. CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y responsabilidad...» *op. cit.*, pág. 133.

(36) GARCÍA MURCIA, *op. cit.*, pág. 32.

te presunción de insolvencia cuando se dan precedentes de incumplimiento en materia de Seguridad Social. En este sentido, la normativa contenida en el RGIA (arts. 16 a 20), sobre «Registro de empresarios» y «Extinción de la empresa y cese en la actividad» podría haber contemplado alguna previsión en este sentido. Junto a ello, como veremos en los capítulos siguientes, el proceso de reforma de nuestra legislación mercantil, plasmado como último paso la aprobación del nuevo RRM, en cuyo artículo 378 se establece el cierre a Registro de las sociedades que no depositen sus cuentas anuales, está llamada a ser otro paso importante en esta dirección, sin olvidar la previsión legal sobre acuerdos de colaboración con la Agencia Tributaria.

Los problemas se acrecientan si tenemos en cuenta que el precepto legal no aborda el problema de la extensión de la responsabilidad subjetiva de la responsabilidad en estos casos donde se da una descentralización en cadena, donde la doctrina se ha inclinado en favor de la hipótesis de aceptación plena del encadenamiento, respondiendo solidariamente todas las empresas respecto de las auxiliares situadas en eslabones inferiores respecto de cada una de ellas: la empresa principal respondería solidariamente respecto de los trabajadores de la segunda y sucesivas (37). No obstante, las resoluciones jurisprudenciales que se han pronunciado lo han hecho en el sentido de negar tal encadenamiento, estimando que la primera empresa que contrata no puede hacerse responsable respecto de empresas auxiliares con las que no ha contratado (SSTS de 2-7-1983, RJ 1983, 3704; y 10-12-1987, RJ 1987, 27811).

Por otra parte, con vistas a introducir mayores elementos de seguridad jurídica en esta materia, sobre todo en las denominadas actividades «complementarias», se apunta la posibilidad de establecer reglas jurídicas complementarias, que vía un *listado ejemplificativo* concretaran qué tipo de contrata se consideran como pertenecientes a la propia actividad de la empresa principal, donde ya hemos señalado las posiciones contradictorias de la doctrina y de la propia jurisprudencia, o acudir a ciertos elementos indiciarios (38), que deberían partir necesariamente de una clara identificación de la presencia de una contrata, cuyos requisitos ha establecido claramente la jurisprudencia (39), y no de una mera actividad de tráfico ilegal de mano de obra, que incurriría en la prohibición de cesión de trabajadores del artículo 43 TRLET (40).

(37) PÁRAMO, P., *op. cit.*, pág. 151. En contra de esta tesis CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 125.

(38) CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y responsabilidad...» *op. cit.* pág. 133. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Interposición y trabajo en contrata a través de la jurisprudencia», en AA.VV., «Estudios en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón», Madrid, 1980, pág. 69 y ss.

(39) *Vid.* la STS de 17 de enero de 1991 (RJ 1991, 58) cuyo ponente fue MARTÍNEZ EMPERADOR, señalándose como elementos: la actividad empresarial propia, patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, ser «sujeto posible de efectivas responsabilidades contractuales», la aportación en la ejecución de la contrata de su propia dirección y gestión, asumir el riesgo correspondiente, el hecho de que los trabajadores del contratista dependan de su poder empresarial directivo o que el contratista asuma una relación de derechos, obligaciones y riesgos inherentes a su actividad. En definitiva, la existencia de una «organización productiva propia con medios materiales y humanos y con una determinada especialización de su actividad empresarial». En este sentido también se pronuncia la STS de 19-1-1994, en *unificación de doctrina* (RJ 1994, 352).

(40) En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», MTSS, Madrid, 1992, pág. 208 y ss., señala que «...en la actualidad, es la utilización de la contrata de obras y servicios la forma a la que se recurre para ocultar la presencia de una cesión de trabajadores» (pág. 489). *Vid.*, asimismo, RIVERO LAMAS, J.: «La cesión de trabajadores en el Derecho español», en AA.VV. (dir. BORRAJO DACRUZ, E.): «La

En suma, el fundamento para la imposición de responsabilidades a la empresa principal en supuestos de contratas y subcontratas no sólo se halla en la voluntad del legislador de evitar un uso fraudulento de la descentralización productiva -ya que en estos casos no nos hallaríamos ante normas limitativas de la libertad de empresa, sino de actos celebrados en fraude de ley- sino también, en la de establecer, con la debida flexibilidad, las garantías adecuadas para evitar, en el ámbito concreto que estudiamos, la lesión de los derechos de crédito de las cuotas de Seguridad Social, cuya tutela ha de contribuir necesariamente a su sostenimiento.

3. Descentralización productiva y grupo de empresas.

3.1. Levantamiento del «velo jurídico» y «grupo de empresas».

Dentro de la fuerte corriente de opinión que se ha mostrado crítica respecto de la falta de adaptación del modelo legal a las nuevas formas de organización y producción empresarial que venimos analizando, se ha señalado con especial énfasis el «abstencionismo legislativo» en materia de grupos de empresas o, en otro tono, la ausencia de un tratamiento jurídico «globalizado» de los mismos, aunque eso sí, advirtiéndose de «los peligros de una intervención legislativa poco reflexionada sobre esta materia(...) que pretenda introducir elementos de uniformidad para regular un fenómeno básicamente de diversidad» (41).

Como quiera que sea, lo cierto es que dicha «anomia legislativa» ha ido forzando a nuestros Tribunales de Justicia a intervenir en supuestos concernientes al fenómeno grupal, acudiendo para ello a una labor de integración normativa e identificando el problema, básicamente, con el argumento de la autonomía de la personalidad jurídica de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo, reduciendo muchas veces el problema a una doble alternativa: o la irrelevancia del grupo en cuanto tal o su reenvío al tradicional problema del «levantamiento del velo» jurídico.

reforma del mercado de trabajo», Actualidad editorial, Madrid, 1993, pág. 437 y ss., y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La cesión de trabajadores en el Ordenamiento Laboral español (II): Tipos de cesiones lícitas. Empresas de trabajo temporal», en AA. VV.: «Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas», CDJ, XXII, Madrid, 1994, pág. 130.

- (41) CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y sistema...», *op. cit.*, pág. 25. *Vid.* APILLUELO MARTÍN, M.: «Grupo de empresas y Derecho del Trabajo», *AL*, núm. 15, abril 1996, pág. 335 y ss. Asimismo, BAYLOS A. - COLLADO L.: «Grupo de empresas y Derecho del Trabajo», Edit. Trotta, Madrid, 1994, pág. 11 y ss.; y MOLERO MANGLANO, *op. cit.*, pág. 519 y ss. Por contra, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C. - OLARTE ENCABO, S., en «Los nuevos escenarios de la "flexibilidad" en el sistema de relaciones laborales. El "grupo" como nivel específico de negociación de empresa», *RTS*, núm. 10, junio 1993, pág. 7 y ss., se señala que «...la continua afirmación -por lo demás del todo punto obvia- de una persistente precariedad o parquedad normativa (en materia de grupos) que con carácter general y orgánica -expectativa que además reenvía a una opción claramente ingenua o ilusoria- ordene los diferentes aspectos del problema...sin embargo, creemos de nuevo que éste es un argumento que hoy carece de la suficiente fuerza persuasoria, e incluso resulta incorrecto (...) el legislador español viene integrando cada vez con mayor frecuencia distintas piezas en el *puzzle* del sistema jurídico que, pese a su carácter fragmentario y sectorial e incluso a veces heterogéneo, representan elementos interpretativos lo suficientemente significativos como para invitar, e incluso obligar, al operador jurídico a una labor de "inducción" de principios generales de estas normas más sectoriales».

Independientemente de lo acertado o no de las expresiones «grupo de empresas» o «grupos de empresarios», así como de la tipificación del grupo como un nuevo modelo de organización y desarrollo de la empresa que, se apunta, exigen una «redefinición» de su concepto (42), nuestro interés ha de centrarse sobre todo en las hipótesis que ya se enunciaron al principio de este capítulo (de una parte, *la posible derivación de responsabilidad a cualesquiera de las sociedades o filiales que integran el grupo por los créditos contraídos y no satisfechos a la Seguridad Social*; y, de otra parte, *la aplicación de la doctrina jurisprudencial del «grupo de empresas» o del «empresario único» a supuestos específicos de transmisión o cambio en la titularidad no encuadrables en la disciplina del art. 44 TRLET*).

En este sentido, el análisis que nos permita dar respuesta a dichas hipótesis debe tener como base, junto a la figura del «grupo de empresas» -considerada como sujeto único a efectos jurídicos-laborales y de Seguridad Social pero, al mismo tiempo, puesta en relación con las concepciones mercantil y jurídico-societaria de la misma («grupo de sociedades»)-, las soluciones doctrinales y jurisprudenciales alcanzadas en su elaboración y exégesis (43).

Como primera aproximación diremos que, tanto en el Derecho comparado como en numerosas, aunque dispersas, referencias legislativas ubicadas en distintos ámbitos de nuestro ordenamiento -con sede fundamentalmente en el **art. 42.1 del Ccom-**, se sitúa como clave del concepto de grupo la noción de «*dominio*» o toma de control de una sociedad por otra o un grupo de otras.

En efecto, dicha figura aparece reflejada puntualmente tanto en *normas laborales* (Directiva Comunitaria del Consejo CEE de 22 de septiembre de 1994; disposición adicional 4.^a de la Ley 22/1992, de 30 de julio; art. 16.5 LPRL; arts. 1 y 51.14 TRLET y art. 9 RD 1382/1985, de 1 de agosto) como *económicas y jurídico-societarias* (Directiva 77/91, CEE, de 23 de noviembre; artículo 87 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, según redacción dada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE, retomando el artículo 4.^o de la Propuesta de Directriz Comunitaria de 23 de octubre de 1980 y, tras incluirse en la nueva redacción dada al por el apartado 10 de la disposición adicional 2.^a de la LSRL de 1995, donde se define el concepto de «*Sociedad dominante*», recogido asimismo en el artículo 10.2 de la precitada LSRL; Ley 13/1992, de 1 de junio, de Entidades Financieras; Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia).

(42) Vid. MOLINA NAVARRETE-OLARTE ENCABO, *op. cit.*, pág. 13. Asimismo, SENRA BIEDMA, R.: «Grupo de empresas y Derecho del Trabajo. Análisis introductorio de la técnica jurídica de atribución de la condición de sujeto patronal», en AA. VV.: «*Grupo de empresas y Derecho del Trabajo*» (dir. BAYLOS-COLLADO, *op. cit.*, pág. 161 y ss., sostiene que la deficiente conceptualización del fenómeno grupal y los pronunciamientos judiciales en este sentido «han afectado perniciosamente el principio de seguridad jurídica».

(43) Vid. GARCÍA TENA J., ALARCÓN BEIRA, F.: «*Sucesión de empresas*», *La Ley*, Madrid, 1996. En este texto se recoge, ordenada y sistemáticamente, la copiosa jurisprudencia y doctrina judicial recaída sobre el cambio de titularidad de la empresa, incluyendo aquella referida a los «grupos de empresa».

Según ello, puede afirmarse que un «grupo» existe «cuando una sociedad, en mérito a determinadas conexiones o relaciones, puede dirigir directa o indirectamente la gestión de otra u otras sociedades según sus propios criterios», de modo que las distintas sociedades no son más que «momentos de organización jurídica en un único tejido económico» (44).

En este sentido, la doctrina considera el fenómeno, desde el punto de vista de las patologías jurídico-societarias que operan en perjuicio de los legítimos intereses de acreedores, como un supuesto de «**control o dirección efectiva externa**» en el que procede la aplicación de la doctrina del «**levantamiento del velo**» de la personalidad jurídica (45). Ahora bien, no se trata de que los «grupos de sociedades» sean un supuesto de levantamiento del velo sino que, en su contexto, sobre todo en aquellos que poseen un mecanismo de subordinación y una base accionarial o real, es más fácil que se den situaciones de utilización de la independencia societaria para eludir el cumplimiento de las obligaciones frente a terceros.

En principio, la independencia de cada una de las empresas que integran el grupo y su no comunicación es un principio general cuyos posibles vínculos accionariales, fundacionales o de gestión no alteran por sí mismos su calificación como entidades autónomas o separadas. En este sentido, pues, del mero hecho o realidad del grupo de empresas no deriva, automáticamente, responsabilidad para el grupo, ni mucho menos una responsabilidad solidaria.

Ahora bien, el patrimonio de una sociedad integrada en un grupo (sobre todo si está «**infracapitalizada**», como veremos en el capítulo siguiente) queda de tal forma condicionado por el de la sociedad dominante o por el del grupo, que puede ocurrir que quede vacío de contenido frente a terceros cuando éstos quieran ejercitar contra ella sus garantías patrimoniales. Por esta razón, doctrina y jurisprudencia vienen afirmando que si el grupo forma una unidad, y como tal actúa y se manifiesta al exterior, como tal unidad debe responder ante los terceros acreedores.

(44) B. LIBONATI, citado por CAMPS RUIZ, L., en «Tratamiento laboral de los grupos de sociedades», *AL*, números 34 y 35/90 (septiembre), pág. 357 y ss.

(45) *Vid.* BOLDO RODA, C.: «El levantamiento del velo de la persona jurídica» (Prólogo de José Miguel Embid Irujo); Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 371 y ss.; y EMBID IRUJO, J.M.: «Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea», *CDC*, núm. 5, junio 1989, pág. 376 y ss. Se comprenderían en esta hipótesis aquellos casos en los que la voluntad de la sociedad controlada es la voluntad de la sociedad dominante, por lo que la primera no perseguirá sus propios intereses, sino que su actuación estará dirigida a satisfacer intereses ajenos a ella, los de su sociedad dominante. La aplicación de dicha doctrina de elaboración jurisprudencial (-que estudiaremos en el capítulo siguiente en *supuestos de infracapitalización de sociedades*-) implicaría que la responsabilidad por deudas de la sociedad dominante fuera soportada por su sociedad dominante. En este sentido, MASSAGUER, J.: «La estructura interna de los grupos de sociedades», *RDM*, núm. 192, 1989, págs. 181-182, define el grupo como «una unidad empresarial resultante de la articulación funcional de diversas sociedades independientes y autónomas a través de su común sometimiento a una dirección económica ejercida por otra sociedad». En este mismo sentido, es definido por BROSETA («*Manual de Derecho Mercantil*», Madrid, 1994, pág. 389) como «el conjunto de diversas sociedades sometidas a una misma dirección económica, la cual se instrumenta y consigue mediante una variedad de instrumentos contractuales o de propiedad accionarial».

Sin embargo, esto choca con la concepción formal de que cada sociedad que integra un grupo posee personalidad jurídica propia, y que por esta razón es la única titular de sus derechos y obligaciones: la responsabilidad que nace por la falta de cumplimiento de estas últimas le corresponde y es imputable sólo a ella.

A pesar de ello, en nuestro Derecho, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a los supuestos de grupos de sociedades ha quedado, por el momento, circunscrita al terreno de la jurisprudencia laboral (46) que, por otra parte y, sin perjuicio del apoyo que la citada doctrina ha brindado en distintos pronunciamientos, ha ido elaborando la denominada *Doctrina del «grupo de empresas» o del «empresario único»*.

En este sentido, hace no demasiado tiempo se afirmaba que dicha doctrina del «grupo de empresas» adolecía de un alto grado de imprecisión, que el propio TS en algún pronunciamiento estimó oportuno clarificar. Entre éstos cabe citar como paradigmática la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1990*, Sala 4.^a (RJ 1990, 3946), cuyo tenor literal decía: «*Que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política económica de colaboración no comporta, necesariamente, la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales; hace falta, por tanto, que el nexo o vinculación reúna ciertas características especiales para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en ese ámbito de relaciones. Entre tales características especiales figuran: el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, en favor de varios empresarios, y la búsqueda, mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real, de una dispersión o exclusión de responsabilidades laborales*».

Asimismo, se ha incidido sobre el «especial cuidado» que debe ponerse en el examen de las circunstancias concurrentes, pues «...*la decisión de crear una empresa filial que asuma con la autonomía propia de la atribución de personalidad jurídica y de las responsabilidades de funcionamiento, una gestión especializada, como consecuencia de su segregación de la entidad matriz, de la cual formaba parte como un departamento especializado, es un objetivo lícito que tiene amparo en el artículo 44 TRLET...*» (47).

Ahora bien, frente a este dogma del «hermetismo» de la persona jurídica (STS de 25 de septiembre de 1989, Sala 2.^a) surge la doctrina del levantamiento del velo, que permite, cuando ello sea necesario para evitar el fraude de ley o cualquier resultado injusto, «penetrar» en el *substratum* personal de la sociedad «*en protección de los derechos de quienes, de otro modo, resultarían perjudicados, pues su respeto -el derecho de los demás- es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Ley Suprema*».

(46) Por todas *vid.* la *STS de 30 de junio de 1993*, Sala 6.^a (RJ 1993, 4939).

(47) STS de 27 de octubre de 1994, Sala 4.^a, *RL*, 1995-I, 723, TS-107.

En este sentido, el pronunciamiento de la mencionada *Sentencia de 30 de junio de 1993* dio origen a otras y muy numerosas de los Tribunales Superiores de Justicia, entre las que cabe subrayar la del *TSJ de Cantabria de 14 de diciembre de 1994* (AS, 4888), donde se dice: «*La omisión normativa del tratamiento concreto que merece la utilización de la personalidad jurídica y de la responsabilidad limitada societarias para finalidades que excedan de las que permiten razonar la legitimidad de la institución ha sido suplida jurisprudencialmente mediante aplicación de la doctrina invocada en el recurso, cuyo fundamento último y genérico se encuentra en el principio del desamparo jurídico de los actos realizados en fraude de ley o con abuso o ejercicio antisocial del derecho, definido en los artículos 6.4 y 7.2 del CC. La especial tutela a la que son acreedores los derechos sobre los que se litiga ante el orden jurisdiccional social constituye un elemento vivamente potenciador de la aplicación de tal doctrina*».

3.2. La doctrina del «empresario único» y la derivación de responsabilidad solidaria por deudas contraídas con la Seguridad Social.

En última instancia, el **efecto** pretendido normalmente con la aplicación de esta doctrina en materia de grupos será el *lograr la comunicación de la responsabilidad por deudas entre los miembros de la misma*, es decir, la imputación de **responsabilidad solidaria**.

En este sentido, el TC, en sus Sentencias 24 y 41 de 1984, señala que «*la búsqueda de la verdad o realidad material es el objetivo central del proceso laboral*» (fundamento de derecho segundo de la STS de 24-5-91, Sala 4.ª, RJ 1991, 2981). Asimismo, en dicho fundamento de derecho de la precitada sentencia se afirma que «*... el principio de solidaridad descansa fundamentalmente en el de realidad, consistente en buscar la autenticidad de los hechos, más allá de los formalismos y de las formalidades legales*».

Por otra parte, si se ha señalado que, en el ámbito jurídico-societario, el principio de solidaridad en el seno del grupo «*jugaría un papel preventivo que supondría el mantenimiento de la integridad patrimonial de las sociedades dominadas*» (48), en el ordenamiento socio-laboral, «*la solidaridad de la responsabilidad empresarial*» (STS de 24 de julio de 1989, Sala 4.ª, RJ 1989, 5908) supone la superación del «*tradicional respeto a la personalidad jurídica de las sociedades filiales, al quedar su patrimonio y su decisión empresarial sujetos a la decisión de la sociedad matriz*» (STS de 21 de junio de 1994, Sala 6.ª, RJ 1994, 6315) y, por tanto, la proclamación de la cualidad de «**empresario único**» frente a sus obligaciones, «*... tanto a los efectos de su responsabilidad frente a terceras personas o frente a sus propios empleados, como a los de determinar el levantamiento del velo de la personalidad, atribuyendo una responsabilidad personal a los socios cuando concurra fraude de ley o abuso de derecho (...) siempre que concurren circunstancias claramente acreditativas de una organización, patrimonio y proyección hacia el exterior únicos*».

(48) BOLDO RODA, *op. cit.*, pág. 399.

Así pues, «en aras de la seguridad jurídica y en contra de la posible aparición de empresas ficticias que carezcan de garantías de responsabilidad, frente a los que actúan de buena fe (...) el recurso a la doctrina de un solo vínculo jurídico laboral, de una sola empresa, de la que serían titulares pro indiviso las distintas sociedades beneficiarias de las respectivas prestaciones laborales...» (STS de 30-6-1993, citada), **la declaración de responsabilidad solidaria** de las sociedades que forman el grupo se fundamenta en:

- a) La búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas (SSTS de 3 de marzo y 8 de octubre de 1987, RJ 1987, 1821 y 6973).
- b) La relación vertical de dominación y un sistema de gobierno unitario, en un conjunto formado con una evidente vinculación, tanto económica como personal (STS 24-5-1989, citada), así como laboral: plantilla única o indistinta, o prestación simultánea o sucesiva de servicios laborales (SSTS 22-1-1990, RJ 1990, 180; y 26-11-1990, RJ 1990, 8605).
- c) La actuación unitaria del grupo (SSTS de 31-1-1991, RJ 1991, 200; y de 21-6-1994, citada), con unos mismos dictados y coordinada, con confusión patrimonial (STS 30-1-1990, RJ 1990, 233) o «caja única», y apariencia externa de unidad empresarial), que engazaría con la figura del empresario aparente, conforme al cual «...independientemente de las relaciones jurídicas internas, desconocidas para los terceros, ...quien crea una apariencia verosímil está obligado a hacer frente a los que de buena fe aceptan esa apariencia como una realidad» (STS de 12-11-1974, RJ 4050).

Quiere todo ello decir que nos hallamos ante una **jurisprudencia de indicios**, por lo que corresponde la carga de la prueba de la existencia de un grupo de empresas y de sus particularidades a quien pretende hacer valer los efectos jurídico-laborales de la misma, si bien «esta carga no ha de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades negociales o mercantiles del grupo...» (STS de 11-12-1985, Sala 6.ª, RJ 6094)

Ahora bien, la aplicación del **principio de «unidad de empresa»** por la jurisprudencia laboral, configurado ampliamente por la doctrina a la hora de elaborar dicha figura jurídica, las soluciones a que se lleguen se verán condicionadas por la posición que se adopte respecto a la sustantividad jurídica propia del grupo, como verdadero sujeto de Derecho y no cada una de las sociedades que lo integran o, en caso de negarse la subjetividad unitaria del grupo y éste como tal no adquiere relevancia jurídica alguna, la sustantividad jurídica habría de predicarse de cada una de las sociedades que lo componen. En este sentido, ha sido subrayada la irrelevancia de los vínculos societarios si no va acompañada de otros elementos concurrentes, sobre todo la «*unidad de dirección*», la «*confusión patrimonial o caja única*» y la «*apariencia externa de unidad empresarial*» (49) que crea la confianza de terceros.

(49) CAMPS RUIZ, «Tratamiento laboral de los grupos...», *op. cit.*, págs. 362-367. Asimismo, *vid.* BAYLOS A. y COLLA-DO L.: «Grupos de empresas y Derecho del Trabajo», Edit. TROTTA, Madrid, 1994, pág. 14 y ss.

En definitiva, estas sociedades vendrían a constituir, a los efectos del artículo 1 TRLET, una modalidad de **comunidad de bienes** (50), lo cual da lugar no a una declaración de responsabilidad del «grupo» en cuanto tal -al carecer éste de personalidad jurídica- sino a la declaración de una **responsabilidad solidaria** de las distintas sociedades implicadas (STS de 8-10-1987, citada; SSTCT de 4-7-1984, RJ 7838 y 19-4-1989, LL 1989-3, 206), en cuya virtud el acreedor, según autoriza el artículo 1.144 CC, podrá dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios.

3.3. «Grupo de empresas» y cambios en la titularidad empresarial.

Si bien ofrece suficientes garantías en la tutela de los derechos de crédito de las cuotas sociales el régimen de responsabilidad establecido, por un lado, en el **artículo 44 TRLET** y, por otro, en los **artículos 104.1 y 127.2 del TRLGSS**, y en los números **10 y 11 del RGR**, en aquellos supuestos «normales» de sucesión o cambio en la titularidad empresarial, incluso en aquellos cambios operados entre sociedades integradas en un mismo grupo «reconocible», la eficacia de dicho instituto jurídico, en orden a la derivación de responsabilidad por las cuotas sociales, puede verse enervada en las distintas y muy variadas hipótesis que pueden darse en el marco de la descentralización productiva «interna» que estudiamos.

Ahora bien, dicho enervamiento no se producirá como consecuencia de una falta de adecuación del precepto legal a la realidad subyacente en el fenómeno descentralizador sino que, a nuestro juicio, *el origen de la responsabilidad no debe buscarse tanto en el mecanismo sucesorio de la transmisión o cambio en la titularidad cuanto en la naturaleza del vínculo existente entre las sociedades pertenecientes a un «grupo»*. Es decir, los negocios jurídicos llevados a cabo en el seno de un «grupo de empresas», cuya realidad sea constatable en los términos examinados en el epígrafe anterior y que, en principio, puedan aparecer circunscritos en el régimen de responsabilidad que ahora estudiamos, no sólo «escapan» a él sino que, en el lógico y razonable «interés del grupo», la denominada «*estrategia de filialización*» (división o fraccionamiento de una sociedad, que da paso a varias sociedades, cada una de las cuales continúa desarrollando separadamente una parte de lo que antes era una empresa unitaria), si bien puede comportar una o varias operaciones de transmisión parcial de empresa, ha llegado incluso a ser conectada con el artículo 38 CE (STCT de 3-12-1984, RJ 9972).

En este sentido cabe mencionar la STSJ de Navarra de 29 de junio de 1989 (Sala de lo Social), en cuyo fundamento de derecho segundo dice: «*No es cierto que la unidad de decisión implique, en el ámbito laboral, una unidad de empresas (...) Esta autonomía formal está amparada constitucionalmente en la llamada libertad de empresa (art. 38 CE). Es un hecho que en las sociedades desarrolladas los centros de decisión económica y empresarial se concentran, sin que ello implique la crisis de la noción de empresa, pues probablemente está en su esencia definitoria ser una autonomía formal de unidad de producción y responsabilidad*» (51).

(50) Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las Comunidades de Bienes», *REDT*, núm. 80, 1981, pág. 217 y ss.

(51) Sin embargo, se ha señalado, la posible vulneración del artículo 38 de la CE por «superar» la forma jurídico-societaria, ya fue abordada, «aunque *obiter dictum*, por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 27-5-1983 (BOE de 17-6-1983), fundamento sexto, pronunciándose en el sentido de que el desbordamiento de las formas jurídicas societarias en el tema que exponemos, no conculca el principio de libertad de empresa»; citada por SENRA BIEDMA, *op. cit.*, pág. 164.

Queremos decir con ello que, en última instancia, muchos de los supuestos que, de forma mecánica, se contemplan como encuadrables en el modelo legal de responsabilidad -y que han dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales opuestos-, podrían resolverse mediante la figura del «grupo de empresas» o «empresario único».

En efecto, a pesar de que puedan darse fenómenos ciertamente novedosos encuadrables en el artículo 44 TRLET, como es el caso del «arrendamiento de empresa» (52), otros de tinte eminentemente descentralizador no han sido considerados como tales por la jurisprudencia, sobre todo aquellos que se inscriben en la ya citada «estrategia de filialización», objetivo lícito que tiene amparo en el artículo 44 TRLET (SSTS de 27 de octubre de 1994, Sala 4.ª, RL, 1995-I, 723, TS-107; Cfr. STS de 24-7-1989, RJ 1989, 5908), así como los de «franquicia» u otros supuestos de «distribución comercial» (53), así como las «concesiones» (SSTS de 13-3-1990, 10-6-1991 y 9-7-1991, RJ, 2069, 5141 y 5879) o los casos de «sucesión entre empresas contratistas» (SSTS de 5-4-1993 y 14-12-1994, RJ 2906 y 10093).

Es por ello que, en determinados supuestos, *no nos hallaremos frente a un fenómeno de transmisión empresarial, sino de identificación del empresario e imputación de responsabilidad entre las sociedades pertenecientes a un «grupo».*

En este sentido, puede plantearse la posibilidad de que, en un extremo, desde las hipótesis de unión económica en las que no medie cesión o aportación de empresa y que, desde un punto de vista técnico-jurídico, *no pueden considerarse como cambios en la titularidad de la empresa sino cambios en el control de ésta*, hasta el extremo contrario, los cambios operados entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo mediante los cuales *se pretenda llevar a cabo un cambio ficticio en la titularidad empresarial* como mero artificio para vulnerar los derechos de los trabajadores en general, y, en particular, los derechos de crédito de la Seguridad Social, operándose en fraude de ley o abuso de derecho, lo que invalidaría por sí sola la transmisión.

Respecto al *primer extremo*, las fórmulas del proceso descentralizador -que, según hemos visto, persigue, de modo irreprochable si respeta la legalidad, lograr una mayor competitividad frente a la universalización del mercado, creando unidades autónomas productivas pero interdependientes de una sociedad dominante-, pueden implicar transmisiones parciales y sucesivas de elementos o unidades que no encajan en el precepto legal. Ahora bien, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las sociedades, todas ellas actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa.

No es que nos hallemos ante un nuevo sujeto de derecho, pero sí ha surgido una entidad económica nueva con su propio interés (*«el interés del grupo»*), que no tiene por qué ser coincidente con el interés social particular de las sociedades que en él se integran y, cabe pensar, razonablemente, en la subordinación funcional del interés social particular de las sociedades integradas en el grupo al interés de este último como unidad.

(52) CAMPS RUIZ, L.M.: «El arrendamiento de empresa: aspectos jurídico-laborales», *AL*, núm. 10, marzo 1996, págs. 237-276.

(53) *Vid.* GONZÁLEZ BIEDMA, «Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios», *RL*, septiembre 1993, pág. 11.

El llamado interés de grupo es el criterio que permite individualizar la noción de grupo y que justifica su regulación. Como se explica, utilizando el lenguaje típico del análisis económico del Derecho, no está tan claro que la maximización de los beneficios del grupo procedan normalmente de la suma de las maximizaciones individuales de las empresas integradas en él, que son gestionadas por sus directivos como centros individuales de ganancias, siendo su comportamiento en el mercado idéntico al de las empresas independientes. La experiencia europea e incluso la norteamericana demuestra que en muchas ocasiones la obtención de una maximización en relación al grupo se consigue mediante el sacrificio de algunas unidades integradas, porque sólo así es posible obtener el óptimo deseable, como en el reciente caso «ROCKFON A/S», *Sentencia de 7 de diciembre de 1995, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 1.^a* (54).

Respecto al *segundo extremo*, no faltan en nuestra jurisprudencia ejemplos de imputación de dicha responsabilidad, conectados con una amplia fenomenología de casos de sucesión: crisis empresariales fraudulentas vía expediente de regulación de empleo, con posible impugnación *ex-post* del acuerdo extintivo (55), o constitutiva de insolvencia con alzamiento de bienes (SSTS de 23-9-1986, 29-5-1989, 15-6-1990 y 13-7-1990, Sala 2.^a), con extensión del marco de imputación delictiva a la Seguridad Social, sujeto pasivo y legítimo acreedor perjudicado, en orden a la responsabilidad civil frente a la empresa deudora; o con declaraciones de no exigencia al FOGASA del abono de los derechos de crédito de los trabajadores (TSJ de Cataluña, Social, de 1-6-1994, RJ 2531).

Ahora bien, también existen figuras que, aunque próximas a la de «arrendamiento de empresa», no resultan fácilmente encuadrables en el artículo 44 TRLET. Nos referimos a las que conveniremos en llamar «*sociedades de trabajo*», es decir, empresas o unidades «dominadas» que, «*infra-capitalizadas*» y sin capacidad de decisión, realizan las contrataciones o despidos, figuran de alta en Seguridad Social y fabrican el producto o realizan el servicio, pero no aparecen en el tráfico comercial y soportan los riesgos derivados de una determinada coyuntura económica de signo negativo que la sociedad dominante ha decidido no asumir.

Asimismo, existen toda una serie de actos o negocios jurídicos que, incluso considerados conjuntamente, no pueden encuadrarse en el modelo legal y escapan a los requisitos exigidos por la jurisprudencia, cuya doctrina consolidada sobre el fenómeno sucesorio se fundamenta no ya tanto en la presencia de un «tracto directo» al que con tanta profusión se refería el extinto TCT, sino en la cir-

(54) Publicada en *AL*, núm. 21, mayo de 1996. Plantea el caso de un despido colectivo llevado a cabo por la sociedad ROCKFON A/S (integrada en la multinacional ROCKWOOL) sin observar los procedimientos de consulta e información previstos en la Directiva 75/129 del Consejo, sobre despidos colectivos. A la interpretación del artículo 1 de dicha Directiva, argumentando que las sociedades que forman parte de un mismo grupo podrán eludir la obligación de observar determinados procedimientos concebidos para la protección de los trabajadores, el fallo del Tribunal de Justicia habla de que dicho artículo «*debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que dos o más empresas, que forman parte de un grupo y que mantienen relaciones de interdependencia, si bien ninguna de ellas ostenta una posición de predominio sobre la otra u otras, creen un departamento común de contrataciones o despidos, de forma que, en particular, los despidos en una de las empresas sólo pueden efectuarse con la aquiescencia de dicho departamento*».

(55) MOLERO MANGLANO, C.: «Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos», *AL*, núm. 41, noviembre 1989, pág. 529 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I.: «Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial», *AL*, núm. 10, marzo 1991, pág. 121 y ss.

cunstancia de que la *transmisión permita la continuidad de la empresa*, tanto en los elementos patrimoniales (instalaciones, maquinaria, etc.), como personales (plantillas y vínculos societarios) o comerciales (56).

Según ello, la presencia de inequívocos «elementos de discontinuidad», frecuentes en un proceso descentralizador, haría ineficaz la aplicación del instituto jurídico de la sucesión de empresa, salvo que se demostrase la falta de independencia jurídica entre las sociedades relacionadas en el ciclo productivo, lo que resultará enormemente difícil sin la «penetración» en el *substratum* personal de las sociedades permitida por el órgano judicial a través de la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», posibilidad que, según hemos visto, sólo es factible en supuestos excepcionales.

De este modo, la negativa jurisprudencial a reconocer, en ciertas ocasiones, la existencia de una transmisión o cambio de titularidad, podría no ser tal vez, desde esta perspectiva, más que una afirmación de la comunicación de la responsabilidad empresarial entre las sociedades implicadas, no obstante tener cada una de ellas una personalidad jurídica propia.

En definitiva, el problema real se encuentra en el terreno de *la identificación del empresario o «empleador»*, correlativa a la de «sujeto responsable» y la «derivación de responsabilidad» en la satisfacción del derecho de crédito de las cuotas sociales, cuestión muy compleja, como se ha destacado, cuando se ponen en juego figuras muy variadas como las uniones de empresas, las filiales, los grupos, las contratas y subcontratas, las empresas de trabajo temporal, etc., y producto de los más variados objetivos, desde los claramente encaminados a desfigurar la identidad del empresario con fines fraudulentos hasta los derivados de reglas jurídicas cuya elusión no siempre puede calificarse en principio de ilícita o antijurídica.

IV. «LEVANTAMIENTO DEL VELO» E INFRACAPITALIZACIÓN DE SOCIEDADES

1. La invocación de la doctrina del «levantamiento del velo» en la tutela del derecho de crédito de las cuotas sociales.

De elaboración jurisprudencial relativamente reciente (57), la doctrina del «levantamiento del velo», con origen en el recurso al *disregard of legal entity* del Derecho anglosajón, tiene como antecedente inmediato en nuestro país la denominada «doctrina de terceros» (58) y, en síntesis, *permite a los órganos judiciales*, tras haberse negado valor absoluto al «hermetismo

(56) Vid. por todas, SSTS de 25-10-1996, reiterando doctrina de la de 30-12-1993 (AL, núm. 7, febrero 1997).

(57) Si bien se señala como precedente la STS de 8 de enero de 1980 (RJ 1980, 21), el primer pronunciamiento íntegro de la doctrina del levantamiento del velo se formula en la STS de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800).

(58) BOLDO RODA, C.: «El levantamiento del velo de la persona jurídica», *op. cit.*, pág. 199 y ss., señala que, si bien ambas figuras no son equiparables, coinciden en las soluciones alcanzadas. En este sentido, vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia», 3.ª edic., Madrid, 1995, pág. 85 y ss. En opinión de

producido por la utilización de formas societarias» (STS de 25 de mayo de 1989, Sala 4.^a), «... **penetrar en el substratum personal de la entidad, indagando su realidad subyacente tras prescindir de las relaciones jurídicas societarias formales, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como camino de fraude...** (SSTS de 15 de abril de 1992 y de 30 de julio de 1994, Sala 1.^a, RJ 1994, 6308): **es decir, evitar el abuso de esa independencia y del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo, de un ejercicio antisocial de su derecho**» (STS de 12 de junio de 1995, Sala 1.^a, RJ 1995, 4739).

No obstante su aplicación preeminente en el ámbito *civil* (SSTS de 16-2, 30-7 y 10-11-1994; 22 y 24-2-1995; 7 y 12-6-1995; 20-7-1995; 9-10-1995; 11-11-1995 y 8-2-1996), existen asimismo numerosos pronunciamientos no sólo en nuestro ordenamiento *socio-laboral* (referenciados en el capítulo anterior), sino también *tributario* (STS de 17-1-1995, Sala 3.^a) y *penal* (STS de 20-5-1996, Sala 2.^a).

Así pues, el punto de partida de esta doctrina se sitúa en la consideración de la personalidad jurídica como una creación del lenguaje de los juristas, siendo la forma social una mera ficción (*fictio iuris*), que sólo debe mantenerse en tanto que sirva al fin para el que fue creada, y no en cambio cuando se utiliza en detrimento de intereses ajenos **mediante la instrumentalización o interposición de la personalidad jurídica como ente separado de sus componentes personas físicas**.

En el caso concreto de los derechos de crédito de la Seguridad Social, dicha **instrumentalización o interposición** supone, en la práctica, *la elusión de la responsabilidad en la cotización, coadyuvando o haciendo ineficaces los procedimientos de exacción de las deudas contraídas con aquélla tras la insolvencia o desaparición del sujeto responsable y, en última instancia, la declaración de dichos créditos como «incobrables»*.

En este sentido, las SSTS, Sala 1.^a, de 16 de marzo y 24 de abril de 1992 (RJ 1992, 2189 y 3410) y, más recientemente, la STS, Sala 1.^a, de 21 de julio de 1995 (RJ 1995, 5729), han apreciado la «existencia de fraude de ley en la creación aparente de una sociedad para tratar de eludir responsabilidades bajo el pretexto de transferir bienes o derechos a sociedades ficticias (...) *sin que pueda aceptarse independencia alguna entre la sociedad y los socios demandados (...) únicos responsables de haber creado una sociedad ficticia y además insolvente(...)*».

BOLDO RODA, sería «**tercero**» «quien no ha asumido el papel de parte en un determinado acto o contrato, siendo su posición respecto del mismo distinta si se trata de contratos destinados a producir efectos meramente *obligacionales*», en los que la regla general es que el contrato no afecta a quien no ha intervenido en él, o si, por el contrario, «el acto se propone crear un *derecho real*, oponible a terceros, salvo que éste pueda acogerse a una institución dotada de publicidad y creada específicamente para proteger la seguridad del tráfico jurídico». Según esta conceptualización, dicha doctrina sería aplicable a supuestos de utilización de dicha figura, ora para eludir el cumplimiento de una obligación, ora para crear un derecho real en perjuicio de acreedor legítimo.

La aplicación de esta doctrina a la técnica jurídica del levantamiento del velo frente a la lesión del derecho de crédito de las cuotas sociales debe partir del presupuesto básico de interrelación existente entre la relación jurídico-obligacional de cotización (de naturaleza legal y extracontractual), y la relación jurídico-laboral (de naturaleza contractual y en el marco del principio de autonomía de la voluntad de las partes), por cuanto, ya se ha visto, aquélla surge, aunque simultánea y automáticamente, cuando esta última nace.

Por tanto, el primer problema a dilucidar es en qué circunstancias fácticas concurrentes es permisible penetrar en el *substratum* personal de la entidad, prescindiendo de la ficción societaria, debiendo tener presente, lógicamente, que, como recuerda *la Sala 2.ª del TS en su Sentencia de 20 de mayo de 1996*, «ningún instituto fiscal o mercantil impide a los tribunales penales "levantar el velo" societario para tener conocimiento de la realidad económica subyacente».

En este sentido, debe subrayarse que la formulación de esta doctrina por el Alto Tribunal en su *Sentencia de 28 de mayo de 1984*, que se repetirá literal e íntegramente en muchas sentencias posteriores, no alude a una institución propia, sino a un resultado intermedio o último que, sirviendo a finalidades ulteriores, puede obtenerse utilizando como medio otras instituciones diversas (*abuso de derecho y fraude de ley*), que, en última instancia, justifican la aplicación de esta técnica o «**instrumento jurídico**» (STS de 12-6-1995, Sala 1.ª, RJ 1995, 4739, cuarto fundamento de derecho).

Dentro de esas *finalidades ulteriores* se encuentra la protección de derechos de terceros, sean éstos de carácter privado o públicos, como en el fraude a la Seguridad Social o, de manera más precisa según los postulados de nuestro trabajo, la lesión de su derecho de crédito por las cuotas sociales.

Según lo expuesto, y no obstante las previsiones que analizaremos a continuación, **podrá ser alegada infracción de dicha doctrina jurisprudencial**, incardinándola, conjunta o separadamente, en los siguientes institutos jurídicos:

- a) Transgresión al *principio de buena fe* (art. 7.1 CC);
- b) *Abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo* (art. 7.2 CC); y
- c) *Fraude de ley* (art. 6.4 CC).

1.1. *La transgresión al principio de buena fe (art. 7.1 CC): la doctrina de los «actos propios».*

En principio, reiterada jurisprudencia ha establecido que «en el conflicto entre *seguridad jurídica y justicia*, se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por la vía de *la equidad* y acogimiento del *principio de la buena fe*» (SSTS, Sala 1.ª, por todas, de 11-11-1995, RJ 1995, 8118; 12-6-1995, RJ 1995, 4739; 30-7-1994, RJ 1994, 6308).

Sin poder detenernos ahora en el amplio debate doctrinal sobre dichos principios, de indudable interés teórico, sí verteremos algunos conceptos que habrán de servirnos como referente interpretativo en la exposición práctica de este apartado. A este fin, diremos en principio que nuestro TC, en su *Sentencia de 31 de enero de 1986* (BOE de 5 de marzo de 1986), e igualmente en la posterior *STC 147/1986*, de 25 de noviembre, se ha referido, con carácter general al concepto de *seguridad jurídica* como «*La certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados*». Por su parte, nos parece muy acertada la conceptualización que se ha hecho de la *equidad* (art. 3.2 CC), como «*el margen de discrecionalidad que se permite al Juez dentro de la gama de posibilidades que ofrece la interpretación de las normas jurídicas a la luz del razonamiento lógico-formal*» (59).

Por su parte, según lo dispuesto en el artículo 7.1 del CC, *la buena fe* actúa como límite de todo derecho subjetivo, determinando el ámbito de lo lícito, es decir, hasta dónde puede llegarse en su ejercicio, habiéndose señalado como consecuencia, de carácter general, del ejercicio de un derecho contrario a la buena fe, la inadmisibilidad del mismo y la tacha de la conducta como antijurídica.

Dentro de los supuestos genéricos a los que es aplicable el principio de buena fe, nos interesará aquí destacar **la doctrina de los actos propios** o *venire contra factum proprium*, cuya regla *prohibe una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior (jurídicamente relevante y eficaz) mostrada por una persona que intente ejercitar posteriormente un derecho subjetivo o una facultad* (SSTS de 6-2-1987, RJ 1987, 685; y de 24-10-1987, RJ 1987, 6194).

En definitiva, la exigencia de que los derechos haya de ejercitarlos conforme a la buena fe implica que «*la inobservancia de ésta constituya abuso de derecho, actuando contra la buena fe el que, mediante el ejercicio de su derecho, se coloca en contradicción con su propia conducta anterior, en la que la otra parte había confiado*» (SSTS de 14-2 y 13-6-1986, RJ 1986, 680 y 3549).

Hechas las precisiones anteriores, la finalidad práctica de dicha regla invocando la doctrina del levantamiento del velo a nuestro supuesto, puede concretarse fundamentalmente en dos hipótesis: *la apariencia de unidad empresarial y la confusión patrimonial*, produciendo en ambas el mismo efecto: **la inoponibilidad de la existencia de la persona jurídica frente a la TGSS como acreedor legal**.

En la **PRIMERA HIPÓTESIS, la apariencia de unidad empresarial**, de amplia incidencia, según hemos visto en el capítulo anterior, en la aplicación de la doctrina del «grupo de empresas» o del «empresario único», las *premisas básicas* serían, de una parte, la consideración como **acto propio en la conducta observada por una persona física respecto de una persona jurídica creadora de una apariencia de unidad en el ejercicio de una actividad empresarial**; y de otra, la contradicción de la persona física al alegar posteriormente su independencia respecto de aquella, por ser la persona jurídica distinto sujeto de Derecho y con un ámbito único de responsabilidad.

(59) Vid. IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R.: «*El abuso de derecho y el fraude de Ley en el Derecho del Trabajo*», Edit. Colex, Madrid, 1989, pág. 129 y ss. Este autor sostiene, a su vez, que «la ecuación seguridad jurídica igual a justicia se impone cada día más como un predicado realista del Derecho».

En la *SEGUNDA HIPÓTESIS, la confusión patrimonial*, el acto propio consistiría en la cesión o aportación de patrimonio personal (no alcanzado por la responsabilidad limitada del capital social) al «*patrimonio contable*» de la sociedad, efectuado por persona diversa de la titularidad jurídica de este último patrimonio (socio o accionista único en las sociedades unipersonales, o socio o accionista mayoritario en las pluripersonales), cuando las consecuencias económicas de los beneficios o pérdidas experimentadas del uno repercutan en el otro, no respetándose así la independencia entre la sociedad y el socio o accionista, *contraviniéndose así el principio de buena fe, por lo que éste no podrá ser alegado después*.

1.2. El abuso de derecho (art. 7.2 CC) y el fraude de ley (art. 6.4 CC).

Así como ha sido subrayado el carácter necesariamente *excepcional* que debe tener la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, «*desde la moderación que el recto sentido impone en la aplicación de este instrumento jurídico*» (STS de 12-6-1995, RJ 1995, 4739), también ha sido llamada la atención por la doctrina la conveniencia de que no se produzca una generalización del recurso al fraude de ley, aunque eso sí, dejando a salvo, indefectiblemente, la aplicación de este instituto jurídico *en supuestos de elusión de normas de especial relieve dentro de nuestro ordenamiento*, entre las que destacan particularmente, y así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en distintos pronunciamientos, las configuradoras de nuestro Sistema de Seguridad Social.

Hecho este apunte básico, diremos en primer lugar que, cómo se nos advierte en la STS de 11-12-1985, Sala 4.^a, «*(...) en su especial rechazo del fraude de ley en cualquiera de sus múltiples formas, debe evitarse con particular cuidado que, a través de conductas con una cobertura puramente formal en el texto de una norma, se produzcan en la práctica unos efectos no queridos por el ordenamiento(...)*». Y ello, se precisa, «*aunque la causa fuese legítima, pero no el resultado que la norma hubiese querido evitar*» (SSTS de 16-1-1990 y 5-2-1991, Sala 4.^a).

Dicha precisión respecto de la licitud o legitimidad del acto, con sede en un caso típico de fraude en el ámbito socio-laboral (crisis fraudulentas de empresa con acuerdo extintivo vía ERE), nos revela la primera diferencia sustantiva entre las instituciones del *abuso de derecho* y el *fraude de ley*, que si bien aparecen conjuntamente en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, no cabe confundir a pesar de su conexidad jurídica: si en el *abuso de derecho* se provoca un daño a otro como consecuencia de un *acto lícito y legítimo* realizado en el ejercicio de un derecho subjetivo, en el *fraude de ley* se infringe el *derecho objetivo*, la norma aplicable (ley defraudada), buscando su inobservancia mediante el amparo en otra norma distinta (ley de cobertura), «*mediante actos que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él*».

Esta diferencia fundamental entre ambas instituciones ha de ser tenida en cuenta, si cabe, con mayor cuidado en el caso que nos ocupa, toda vez que, tanto los requisitos exigidos para que se produzca el ilícito como las consecuencias jurídicas que su apreciación comportaría, son totalmente distintos.

En efecto, mientras que en el abuso de derecho se ha exigido tradicionalmente la desviación del fin socio-económico del derecho o su ejercicio antisocial, así como la intencionalidad en la causación del daño, el concurso del «ánimo defraudatorio» en el fraude de ley ha sido excluido en distintos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, como en la *STS de 20 de junio de 1991, RJ 1991, 4526*, pero, sobre todo en la importante *Sentencia de 24 de febrero de 1995, Sala 1.ª* (RJ 1995, 1111), donde ha establecido la procedencia de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, «*sin que haya un abuso de la personalidad jurídica ni un ejercicio antisocial de derecho, ni que se actúe con mala fe o en perjuicio de los intereses de terceros*».

En este sentido, la citada *Sentencia de 20 de junio de 1991*, aplicando esta doctrina, señala que «*el fraude de ley civil lo que exige precisamente es la concurrencia de una serie de actos que pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido de los preceptos o normas legales en que se amparan* (Sentencias de 6-2-1957, RJ 1957, 387; y 1-4-1965, RJ 1965, 2111) *habiendo declarado incluso esta Sala que no es preciso que la persona que realice el fraude de ley tenga intención o conciencia de buscarla* -Sentencia de 13-7-1959, RJ 1959, 3031).

Por su parte, nos parece esclarecedora esta última *Sentencia citada de 13 de julio de 1959*, donde se establecen como **requisitos del fraude de ley**:

«(...) 1.º Acto o actos que contrarían la finalidad práctica de la ley defraudada, suponiendo su violación efectiva, entendiéndose que el acto *in fraudem legis* será **nulo** siempre que la ley, según recta interpretación, quisiera evitar la realización del resultado práctico obtenido, pero no si sólo quisiera prohibir el medio elegido para la realización del resultado.

2.º Que la ley en que se ampara el acto o actos (ley de cobertura) no tenga el fin de protegerlos -aunque puedan incluirse, por su materia, en la clase de los regulados por ella- por no constituir el supuesto normal **o ser medio de vulnerar abiertamente otras leyes, o perjudicar a tercero**».

Del mismo modo sucede respecto de **las consecuencias jurídicas** que la apreciación de uno u otro comporta: si en el abuso de derecho, que la ley no ampara, se privará de eficacia jurídica a la actuación abusiva, fijando además la correspondiente indemnización al perjudicado, en el fraude de ley, se producirá la aplicación de los efectos correspondientes a la ley defraudada que, por otra parte, puede ser cualquier norma del ordenamiento.

Ahora bien, independientemente de que no sea necesario que la vulneración de la norma defraudada se produzca directamente, ni que los actos realizados deban estar prohibidos por el ordenamiento («...no es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiere realizar el acto que la norma prohíbe», *STS de 30-1-1991, Sala 3.ª*), sólo existirá el fraude si la protección que presta la norma de cobertura no es real, en cuyo caso, será el resultado perseguido por los actos el que habrá de reputarse como contrario al ordenamiento mediante la aplicación del instituto del fraude de ley.

Llegados a este punto y, siguiendo la tesis doctrinal que considera la técnica jurídica del levantamiento del velo como un conjunto de sentencias «en las que se resuelven casos de fraude de ley caracterizados por su común norma de cobertura: *la normativa referente a la persona jurídica*» (60), la alegación de dicha doctrina, incardinada en el artículo 6.4 CC, podrá invocarse teniendo en cuenta las siguientes *consideraciones*:

PRIMERA: respecto a LA NORMA DE COBERTURA (*arts. 1 TRLSA y 1 LSRL*).

Si, como se establece en las Sentencias del Alto Tribunal, la limitación de la responsabilidad de los socios se encuentra en «*la disociación típica entre propiedad (riesgo) y control directo de la gestión social*» (por todas, la STS de 12-6-1995, RJ 1995, 4739), en los casos en que se demuestre que no existe tal disociación y, por tanto, no concurra la *ratio* que justifica el privilegio de dicha limitación, este principio *debería quebrar en favor del régimen general de responsabilidad consagrado en el artículo 1.911 CC*.

En definitiva, el acogimiento a la normativa sobre responsabilidad limitada de los socios (arts. 1 TRLSA y 1 LSRL), con el fin de eludir la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial y universal (constitución de sociedades aparentes o ficticias sin sustrato real, interposición real de la persona jurídica, etc.), deberá perseguir un resultado contrario al ordenamiento jurídico, *cual es el incumplimiento de obligaciones en general y, particularmente, la obligación legal de cotización*.

SEGUNDA: respecto a la NORMA DEFRAUDADA.

Podrá ser cualquier norma del ordenamiento en general y, en particular, la normativa de Seguridad Social (*TRLGSS y normas de desarrollo*).

Por último, como figura específica en la que resulta procedente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, examinaremos en el apartado siguiente los casos de la denominada por la doctrina «*infracapitalización de sociedades*», remitiendo a dos hipótesis posibles:

- a) «**Infracapitalización material**» (Insuficiencia en el capital de responsabilidad y de recursos tanto propios como ajenos): reconducible, conjunta o separadamente, al instituto del *fraude de ley* o al *régimen especial de responsabilidad de los administradores* previsto en los artículos **262.5 TRLSA y 105 LSRL** (que estudiaremos en el capítulo siguiente), por **no disolución actuada** al concurrir la causa contemplada en los **arts. 260.1.3.º TRLSA y 104.1.c LSRL**, de «*imposibilidad manifiesta de realizar el fin social*»; y
- b) «**Infracapitalización nominal**» (Financiación mediante créditos de los propios socios no incluidos en el capital de responsabilidad): con fundamento pretensional de «*recalificación*» de dichos créditos como «*aportaciones de capital*» a través del *fraude de ley*, si bien analizaremos el intento fallido de regulación positiva en el *Anteproyecto de LSRL de 1993 sobre «postergación de créditos»*.

(60) BOLDO RODA, C., *op. cit.*, pág. 290.

2. La «infracapitalización» de sociedades.

En una primera aproximación a esta teoría, puede afirmarse que la *infracapitalización de sociedades* sería, en principio «*una desproporción entre la cifra del capital y las actividades que integran el objeto social*». Basándose sobre todo en este argumento, *la imposibilidad manifiesta de realización del fin social*, con sede en los artículos 39 CC, 30 LSRL (actual 104.1.c LSRL) y 260.1.3.º TRLSA, un Registrador Mercantil suspendió la inscripción de una escritura constitutiva de una sociedad de responsabilidad limitada.

Si bien la posterior *ResDGRN de 22 de junio de 1993* (RJ 1993, 5322) estimó el recurso interpuesto, revocando el acuerdo y la nota del Registrador (al cumplirse el requisito legal de la cifra mínima de capital), nos interesa subrayar el razonamiento seguido por aquél: «(...dicha desproporción), con el riesgo suficiente para los acreedores, (no puede sostener) el argumento de que la sociedad puede aumentar su capital en el futuro o recibir créditos, ya que éste no resuelve el interrogante de saber si una sociedad cumple los requisitos legales para marcar al tráfico jurídico, y que los artículos 260.1.3.º del TRLSA y 39 CC, aun referidos a la disolución de la sociedad o de una persona jurídica, marcan la pauta para interpretar que lo mismo ha de suceder en el nacimiento de las sociedades».

Según esto, en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de adecuación entre la cifra del capital social y las necesidades financieras de la sociedad se hallaría presente en el artículo 260.1.3.º del TRLSA (y 104.1.c LSRL), al incluir éste como causa de disolución «*la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social*». En este sentido, siguiendo con el razonamiento del Registrador («... en este caso basta comparar el artículo 1 de los Estatutos sociales, con trece actividades distintas, y confrontarlas con la cifra del capital para afirmar la total desproporción, con el riesgo suficiente para los acreedores...»), se ha pronunciado recientemente la Sala 2.ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de mayo de 1996 (61), donde se califica a una entidad social de interpuesta y se pone especial énfasis en el contraste entre el ínfimo capital con que la misma se había dotado y el «ambicioso» proyecto del objeto social propuesto.

Por su parte, en la *STS de 22 de junio de 1995*, Sala 1.ª (RJ 1995, 5179), se declara la responsabilidad de los administradores de una sociedad que, habiendo quedado en situación de carencia de bienes tras haberse seguido contra la entidad procedimientos de apremio y embargo, es considerada como «*inexistente de hecho*».

En esta línea, paralela a los criterios interpretativos aplicados por la «jurisprudencia menor» sobre **responsabilidad de los administradores por no disolución (art. 262.5 TRLSA y 105 LSRL)** -que estudiaremos en el capítulo siguiente- al concurrir diversas causas como *pérdidas* o *imposibi-*

(61) Comentada por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. y MERINO JARA, I.: «Levantamiento del velo y delito fiscal», AA, núm. 264, octubre 1996, pág. 2.

lidad manifiesta de conseguir el fin social, por infracapitalización material de sociedades (SSAP de Zaragoza, de 27-5-1992, 2, 4, 12, 15 y 19-11-1993, y 1-12-1993), se halla una corriente de opinión, todavía minoritaria (62) que, en garantía de los acreedores y de los terceros que entran en relación con una sociedad, así como la propia permanencia de ésta y del adecuado desenvolvimiento de su actividad, acude a la noción de «**capitalización adecuada**» de la sociedad en función de su objeto social como fundamento o *ratio* de la admisión de responsabilidad limitada de los socios (ResDGRN de 21 de junio de 1990, RJ 1990, 5366).

Se parte, pues, del principio según el cual *la institución del capital social tiene, entre otras, una función primordial de garantía de los acreedores*. Según ello, si el capital social se considera como la cifra de retención del patrimonio de la sociedad reservado a los acreedores y éste, por tanto, constituye el equivalente o la contraprestación a la responsabilidad limitada de los socios, la ausencia de responsabilidad se sustituye con la presencia de capital, de lo que cabe inferir, de modo inverso, la ausencia de capital se sustituye con la presencia de responsabilidad, lo que viene a significar que *en el ordenamiento societario está implícitamente contenida una cláusula de responsabilidad de los socios por infracapitalización*.

Desde este punto de vista y, conforme a las precisiones apuntadas en relación con el *abuso de derecho*, la infracapitalización podría ser considerada, desde el punto de vista de sus efectos jurídico-materiales, como *un abuso tanto de la institución del capital social como de la persona jurídica («abuso institucional»)*. Ahora bien, en el estado actual de nuestra legislación se establece la válida constitución de una S.A. o S.R.L., unipersonal o pluripersonal, alcanzando una cifra mínima de capital (10.000.000 o 500.000 pesetas, respectivamente), sin que exista precepto alguno que limite la libertad de los socios fundadores para determinar la cantidad por encima de dichos mínimos, ni que establezca criterios de determinación del capital en función de las necesidades financieras según la actividad o actividades que constituyan su objeto.

Es por ello que ha sido puesta de manifiesto la conveniencia de una regulación positiva de la infracapitalización de sociedades, «*no sólo por la necesidad de tutela de los acreedores no socios, sino por el interés general de garantizar la seriedad y fiabilidad del sistema*» (63).

Desde la perspectiva de nuestro trabajo, entendemos que es éste un tema importante en la omnicomprensión del problema que analizamos, por lo que examinaremos en este apartado los postulados de dicha teoría al haber hallado en ella una de las claves de nuestro propósito, cual es la articulación y eficacia de las vías de protección de las cuotas sociales frente a la lesión del derecho de

(62) Representada fundamentalmente por PAZ-ARES: «Sobre la infracapitalización de las sociedades», *ADC*, 1983, pág. 1.587 y ss.; y «La Infracapitalización. Una aproximación contractual» *RdS*, núm. 2, 1994, págs 253-269.

(63) MASSAGUER 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, pág. 944. En esta línea, FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., en «Tradición y reforma en el nuevo Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en «¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada?», Madrid, 1992, pág. 206, afirma que «La decisión político-jurídica de establecer un capital mínimo resulta por sí sola insuficiente».

crédito de la Seguridad Social como *acreedor legal*. Y, anticipándonos al capítulo siguiente, significaremos la relevancia práctica de estas interpretaciones sobre la infracapitalización por hallarse éstas interrelacionadas con la instrumentación del procedimiento que creemos más idóneo en la tutela de dichos créditos, cual es la acción de responsabilidad especial por no disolución regulada en el artículo 262.5 TRLSA.

Dicho esto y, con carácter previo al desarrollo de las líneas directrices o presupuestos básicos de configuración de la teoría de la infracapitalización de sociedades, creemos conveniente aproximarnos, desde una perspectiva no sólo jurídico-societaria sino también económica y financiera, a los conceptos de «*sociedad infracapitalizada*» y de «*capitalización adecuada*».

Respecto al primero, diremos que *una sociedad estará infracapitalizada* cuando *el capital propio no basta para atender las necesidades financieras y resulta imposible la financiación externa*, es decir, cuando se presenta una insuficiencia de capital porque los socios no dotan a la misma de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social (64).

Respecto al segundo, habiendo advertido en los trabajos consultados la utilización indistinta de términos contables no siempre bien definidos o de fácil localización abstracta («insuficiencia de activo», «fondos propios», etc.) y, aunque conscientes de la dificultad que entraña determinar *cuándo se considera que una sociedad está capitalizada adecuadamente*, sobre todo para quien no es experto en teoría económica, verteremos aquí unas nociones básicas que puedan servirnos de referencia para nuestro propósito, eso sí, aprehendidas de nuestro vigente PGC, no sin antes subrayar la ciertamente novedosa introducción en nuestro Derecho de sociedades del concepto de «*Patrimonio contable*» (art. 105.1.e LSRL), precepto equivalente al 260.1.4.º TRLSA como causa de disolución por pérdidas.

En esta dirección diremos, en **primer lugar**, que se considera como situación normal económico-financiera de una empresa aquella en la que el conjunto de bienes y derechos sea superior a sus obligaciones, es decir, que el patrimonio neto o capital líquido (activo menos pasivo) tenga signo positivo. En **segundo lugar**, partiendo de la base de que el capital social suscrito (que no ha de confundirse con el patrimonio) se incluye en el pasivo como fondo propio junto a otras obligaciones (fundamentalmente los acreedores), resulta clara la relación directa que existe entre el capital líquido y las fuentes de financiación (obligaciones, sobre todo de carácter crediticio).

Ahora bien, todavía hay que introducir otra noción básica en nuestra argumentación. Se trata de la distinción fundamental entre los **derechos y obligaciones tanto a corto como a largo plazo**, cuyo equilibrio respecto de las obligaciones habrá que medir no sólo cuantitativamente, sino teniendo en cuenta los plazos de vencimiento, ya que un importe elevado en las obligaciones a corto plazo podría plantear una situación de insolvencia si los derechos no tienen también un plazo corto de realización.

(64) BOLDO RODA, *op. cit.* pág. 409.

Por último, avanzando en nuestra premisa inicial, concluiremos diciendo que *la situación financiera normal de una empresa es aquella en la que el «activo circulante» (suma de existencias, deudores y tesorería, fundamentalmente) es mayor que el «pasivo circulante» (pasivo exigible representado sobre todo por los acreedores a corto plazo, es decir, de vencimiento inferior a un año: habitualmente créditos bancarios), lo que supone que la liquidez generada por los activos circulantes permita atender los pagos de las deudas a corto plazo a medida que se van produciendo los vencimientos*. A esta situación de signo positivo es a lo que se denomina «fondo de maniobra» de una empresa.

Pues bien, si desde un **punto de vista estrictamente jurídico** la «adecuada capitalización» de una empresa estará en función de las garantías que ésta ofrezca a los terceros (Fondos propios respecto del pasivo total), desde una **perspectiva económica**, aquella se medirá en base a «la financiación», pudiendo establecerse a grandes rasgos y con las lógicas reservas, dos cuadros o situaciones interrelacionadas:

- a) **Respecto de la financiación a corto plazo:** cuando el «fondo de maniobra» sea positivo se evitará una situación de insolvencia o de suspensión de pagos;
- b) **Respecto de la financiación a largo plazo:** aunque estará en función de la «rentabilidad» de los fondos propios o ajenos (recordemos que los costes financieros son deducibles fiscalmente), desde la óptica que ahora nos interesa, *existirá una adecuada capitalización cuando los fondos propios permitan financiar en gran parte los activos fijos*.

Por último, completaremos estas nociones introduciendo un concepto muy útil y más fácilmente perceptible, cual es el de «**Ratio de endeudamiento**» de una empresa, entendido como *el cociente entre el total de sus deudas y el total de su pasivo*. Teniendo en cuenta que se considera como índice óptimo de dicho cociente el comprendido entre 0,5 y 0,6, si dicha *ratio* supera este último querrá decir que *la empresa tiene un volumen excesivo de deudas y está perdiendo autonomía financiera frente a terceros o, lo que es lo mismo, se está descapitalizando*.

Ahora bien, no puede ser obviado que, en un reciente pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal, no obstante muy criticable, se refuta uno de los elementos o pilares básicos de esta teoría de la infra-capitalización, concretamente acerca de *la función del capital social y su relación con la actividad desarrollada*.

En efecto, en *la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 12 de junio de 1995, (RJ 1995, 4739)*, en un supuesto desestimatorio de acción de responsabilidad frente a los administradores, con invocación de la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo», se dice en el **fundamento de derecho tercero**: «(...) *la función del capital social constituye una suma de aportación pero nunca una limitación de la actividad mercantil de la sociedad en el sentido de no poder realizar operaciones que excedan en su importe de aquella suma de aportación que, a lo largo de la vida social, puede ser muy inferior al patrimonio acumulado por la sociedad, la cual, por otra parte, puede*

nutrirse de otras fuentes de financiación que le permitan desarrollar un tráfico jurídico-mercantil que exceda, en su cuantía, del capital social, sin que ello implique ningún "abuso legal" por parte de los administradores ni una actuación maliciosa o gravemente negligente de éstos que determine su responsabilidad frente a socios y terceros acreedores».

Sin espacio para verter aquí una amplia crítica a los razonamientos ontológicos y no lógicos seguidos en esta sentencia respecto de la persona jurídica, reveladores, en última instancia, de una concepción formalista de la misma, nos apoyaremos en su propia argumentación para tratar de advertir lo incorrecto de la misma. Fijándonos sobre todo en la frase subrayada (-cerca del resto nos remitimos al razonamiento seguido por el Registrador Mercantil en su anotación anteriormente citada que, si bien fue revocada con posterioridad por la ResDGRN de 22-6-1993, ello sólo obedeció al hecho de haberse cumplido por la sociedad el requisito de válida constitución por aportarse la cifra mínima de capital legalmente prevista, bastará con llamar la atención sobre un hecho incontrovertible: ninguna otra «fuente de financiación» querrá «nutrir» o conceder crédito a una sociedad cuyo patrimonio no ofrezca suficientes garantías previamente tasadas. Ello implicaría, *necesariamente*, que **una sociedad infradotada de capital o de patrimonio reflejado contablemente, no pueda obtener «financiación» sin aportar garantías adicionales y externas a la entidad y, por ende, ajenas y no alcanzadas por la responsabilidad que justifica su privilegio de limitación de la misma únicamente a lo aportado por sus socios en la aventura comercial.**

Una vez planteadas estas cuestiones previas, habrá que distinguir entre supuestos de **«infracapitalización material»** (cuando *los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social*, ni por la vía de un capital de responsabilidad, ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos, faltando, de este modo, tantos recursos propios como ajenos), y supuestos de **«infracapitalización nominal»** (cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, *pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios*), siendo distintos los diferentes efectos jurídicos a que pueden dar lugar.

2.1. Responsabilidad por infracapitalización material.

Su fundamentación se encuentra en **la pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada** como consecuencia de la falta de un patrimonio de explotación o «capitalización adecuada», que hace desplazar el riesgo empresarial a los terceros. Es decir, la limitación de la responsabilidad como presupuesto normativo *«sólo adquiere sentido a través de la construcción simultánea de un patrimonio de responsabilidad que sustituye la responsabilidad personal del socio»* (65).

En definitiva, la pérdida del presupuesto normativo del privilegio y, consiguientemente, la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad tendría como consecuencia la aplicación del precepto contenido en el artículo 1.911 CC.

(65) PAZ-ARES, C., «Sobre la infracapitalización de las sociedades», *op. cit.*, pág. 1.613.

Ahora bien, ante la regulación positiva de esta infracapitalización material, la mayoría de las posiciones doctrinales se han mostrado reticentes, pudiendo éstas sistematizarse en tres soluciones planteadas:

- a) La interpretación finalista de las normas: sostiene la existencia de un principio implícito de adecuación entre la cifra de capital social y las necesidades financieras de la empresa. No se trataría de penetrar en el *substratum* personal de las sociedades cuanto de aplicar los artículos 1 del TRLSA y 1 de la LSRL: la infracapitalización no representa tanto un abuso de la personalidad jurídica de la sociedad cuanto un incumplimiento de los presupuestos del privilegio de la responsabilidad limitada de los socios de la sociedad, sin que de ello se derive perjuicio alguno para la autonomía e individualidad jurídica de la misma.
- b) La imposición de responsabilidad extracontractual o la aplicación de las normas sobre disolución y responsabilidad de los administradores: supuesto que estudiaremos en el capítulo siguiente, en estas hipótesis, bajo la premisa fundamental de que la responsabilidad operaría siempre *a posteriori*, en la primera tesis se trataría de demostrar la «insuficiencia de activo» como elemento de la culpa, y en la segunda, considerada como vía más práctica, rigurosa y eficaz, se implementará aquella a través de la aplicación del artículo 260.3 TRLSA (104.c LSRL), *por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social que constituye su objeto*, imponiéndose la responsabilidad especial por no disolución *ex* artículo 262.5 TRLSA: la infracapitalización material imposibilita la obtención de un lucro común repartible a través de la explotación de la empresa que constituye el objeto social.
- c) La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica: Sin perjuicio de la aplicación de la vía anterior, mantiene que el abuso de las instituciones del capital social y de la personalidad jurídica dejan sin fundamento el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutaban los socios, correspondiendo a los tribunales decretar la responsabilidad ilimitada de éstos con sede en el artículo 1.911 CC.

No obstante, existirían **dos límites** para su aplicación:

- 1.º Se trata de un *remedio excepcional* al que debe recurrirse en casos límite en que se observe que la capitalización de la sociedad es manifiestamente, sin asomo de duda, desproporcionada al nivel de riesgo de la empresa programada para la explotación del objeto social; y
- 2.º En ningún caso podrá hacerse uso de ella para instrumentar un control previo de la capitalización de sociedades: el control sólo podrá tener lugar *a posteriori*, cuando el acreedor se haya visto defraudado por la insuficiencia de capital social.

Por otra parte, se apunta que esta restricción a casos excepcionales en la imposición por esta vía de responsabilidad por infracapitalización en garantía del derecho de crédito, sería operativa, sobre todo, en el caso de **acreedores no contractuales** -extracontractuales, cuasicontractuales y **legales**-, así como de los pequeños acreedores, denominados «ignorantes» (acreedores comerciales y trabajadores), que carecen de posibilidades de protegerse contra los riesgos de la infracapitalización.

En definitiva, conforme a los presupuestos examinados en el apartado anterior respecto de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, la infracapitalización material sería un supuesto de **fraude de ley** en el que **la norma de cobertura** (arts. 1 TRLSA o 1 LSRL) empleada para buscar un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico -cual es, desde la perspectiva de nuestro estudio, **la elusión de la responsabilidad de cotización**-, **tendría al TRLGSS como norma defraudada**.

2.2. Responsabilidad por infracapitalización nominal.

Comprende aquellos supuestos en los que los socios, en vez de financiar la sociedad mediante los adecuados aumentos de capital, **optan por llevar a cabo la financiación por medio de créditos o préstamos que ellos mismos conceden a la sociedad**, para beneficiarse de la condición de acreedores en las situaciones de suspensión de pagos o quiebra. De este modo pueden determinar con su voto el contenido del convenio o quedar por completo al margen del procedimiento ya finalice por convenio o liquidación, al haberse provisto de suficientes garantías de carácter real. Los socios-acreedores tienen así la posibilidad de hacer valer su derecho sobre el patrimonio deudor en concurrencia con los demás acreedores. Si, por el contrario, hubiesen procedido a financiar la sociedad mediante la debida ampliación de capital, sus derechos como socios en dichas situaciones de iliquidez e insolvencia hubiesen quedado puestas a los de los verdaderos acreedores.

Se trata, en definitiva, de minimizar el riesgo empresarial con la obtención del máximo beneficio, como se ha señalado, **principios jurídicamente incompatibles**, dejando así la función de garantía del capital vacía de contenido.

Aunque nuestros Tribunales no la hayan calificado así, su aplicación desde la perspectiva de la doctrina del levantamiento del velo jurídico a los casos que examinamos, se han centrado sobre todo, en las **tercerías de dominio**, aunque también se ha aplicado a otros negocios jurídicos referidos a la **retención de derechos reales** por los socios sobre los activos cedidos a la sociedad, que pueden hacer valer mediante la oportuna **separatio ex iure domino** en la quiebra. En este sentido, se señalan como Sentencias paradigmáticas del Tribunal Supremo las **de 20 de junio de 1983** (RJ 1983, 3635), **de 24 de diciembre de 1988** (RJ 1988, 9816), **de 16 de octubre de 1989** (RJ 1989, 6925), y **de 15 de abril de 1992** (RJ 1992, 4422).

En esencia, sus pronunciamientos **impiden a los socios separar del patrimonio social determinados recursos que previamente habían vendido a la sociedad con reserva de dominio o le habían arrendado**, **negando en unos casos la cualidad de «terceros»** (doctrina que, ya hemos visto, es el

antecedente inmediato de la doctrina del levantamiento del velo jurídico), y ***afirmando en otros la ilicitud que entraña el perjuicio de los intereses de los acreedores*** que ven frustrados sus legítimos derechos amparados en el artículo 1.911 CC. Pero, a nuestro juicio, lo más relevante para el caso que nos ocupa es que, «como consecuencia del juego de la personalidad jurídica», se establecen criterios interpretativos de vital importancia para los supuestos que analizamos, como *la prohibición de la autocontratación* cuando afecte a intereses contrapuestos, *la utilización de la forma societaria para eludir los pagos*, *la confusión de patrimonios*, la exigencia de un comportamiento contable, fiscal y en relación con la Seguridad Social *que acredite la efectiva actividad de una entidad mercantil* o, si cabe lo más novedoso, *la aplicación de esta doctrina no sólo a la sociedad tercerista sino también a la ejecutada* (STS de 24-12-1988, citada).

Según lo apuntado, resulta claro que la solución a adoptar para la represión de estas prácticas pasaría por *la prohibición de atender necesidades de fondos propios con crédito* (66) o *la consideración de dichos créditos como aportaciones sociales*, es decir, mediante su **«recalificación»**.

También se apuntan otras soluciones tomadas del Derecho comparado norteamericano (67) que abogan por el *tratamiento de los fondos provinientes de préstamos de socios como si fueran aportaciones sociales*, lo que permitiría aplicar analógicamente las normas que rigen el capital social (contablemente, dichas aportaciones se incluyen como cuenta de pasivo como fondos propios). Esta medida se aplicaría a través de **dos vías**:

- a) Que el juez ordenase, a petición del síndico, la restitución a la masa de la quiebra de los préstamos amortizados del mismo modo que hubiese ordenado la devolución de las aportaciones sociales indebidamente reintegradas a los socios; y
- b) O que no permitiera a los socios prestamistas concurrir con los demás acreedores en la quiebra, con el resultado de dejar su crédito sin rango concursal, de la misma manera que no habría dejado concurrir a los socios con el título crediticio de su aportación.

Por último, hay que subrayar que, no obstante la falta de regulación legal en dichos casos, existen aún **dos vías** por las que se puede llegar a dicha «recalificación»:

1. ***En el marco de los límites fijados legalmente a la autonomía de la voluntad***. Existen supuestos en que mediante **pacto** (-recordemos que en los arts. 10.5 y 12.3 del RGR se establece la responsabilidad solidaria o subsidiaria en el pago de cuotas a la Seguridad

(66) VICENT CHULIÁ, en «*Compendio crítico de Derecho Mercantil*», Barcelona, 1993, pág. 431 y ss., sostiene que dicha prohibición sería en el Derecho español «un principio configurador de la sociedad anónima, de los evocados en el artículo 10 TRLSA», afirmando que la disciplina por infracapitalización nominal «ha de considerarse implícita en nuestro sistema, y no le falta base positiva en otros preceptos fiscales, específicamente en la legislación fiscal (art. 16.9 Ley sobre el Impuesto de Sociedades)».

(67) BOLDO RODA, *op. cit.*, pág. 414.

Social en los supuestos en que, por *pacto o norma*, se imponga dicha responsabilidad, de forma expresa para la solidaria y générica o específicamente para la subsidiaria), se califica como capital propio o de riesgo la aportación de recursos ajenos mediante las llamadas «obligaciones subordinadas» o los «créditos participativos». Se trata de cláusulas de postergación o posposición de rango de los correspondientes créditos que establecen: el crédito debe figurar en el último lugar de la prelación, después de los derechos de los demás acreedores, y sólo puede ser pagado con beneficios de ejercicio o con el haber líquido resultante de la liquidación de la sociedad.

2. *Por vía doctrinal y jurisprudencial*: la recalificación de las aportaciones de crédito como aportaciones de capital, a través de la institución del fraude de ley.

3. La postergación de créditos en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993.

Institución «importada» a nuestro Derecho (68), está dirigida a *la protección de la confianza del acreedor en la imagen exterior de la empresa, decretando la responsabilidad de los socios en una situación de crisis*.

Dicha institución guarda estrecha conexidad jurídica con la teoría ya expuesta de las sociedades infracapitalizadas, aunque la cuestión de *la infracapitalización material* no fue contemplada por la Comisión General de Codificación que elaboró el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993, no creyendo oportuno decretar la responsabilidad ilimitada de los socios en este supuesto.

Por el contrario, en el tema de *la infracapitalización nominal*, o mejor dicho, de la sanción que para ella se establece, la postergación de créditos ha sido objeto de tratamiento positivo por vez primera en España por parte de dicho Anteproyecto, aunque sus artículos desaparecieron del Proyecto definitivo de ley, tampoco contemplados en la LSRL de 1995, si bien este nuevo texto legal contiene una norma que incide directamente en la problemática de la infracapitalización nominal de las sociedades unipersonales. Se trata del **artículo 128.2**, en sede de «*contratación del socio único con la sociedad unipersonal*», donde se trata de *proteger los intereses de otros acreedores que puedan resultar perjudicados en el concurso en relación al crédito del socio único*, dotando al contrato del que nace dicho crédito de una adecuada *publicidad*. (La responsabilidad por el incumplimiento de esto último, regulada en el **art. 129 LSRL**, se estudiará al final del capítulo siguiente, por considerarla un supuesto de responsabilidad especial de los administradores de las sociedades unipersonales).

(68) *Ibidem, op. cit.*, pág. 415 y ss., donde se habla de los «préstamos participativos» como precedente de dicha institución (regulados en el Decreto-Ley de Reconversión Industrial, art. 11 del RD-Ley 87/1983, de 30 de noviembre), siendo estos supuestos de crédito a medio o largo plazo en los que el acreedor acepta ser reembolsado después de la satisfacción íntegra de todos los demás acreedores en casos de liquidación voluntaria o concursal de la empresa financiada.

La solución que ofrecía la norma desaparecida se inclinaba de parte de la llamada «**concepción societaria**» o de la «**infracapitalización**» (demostración de que tales créditos se habían contraído por necesidades de financiación que un ordenado comerciante habría cubierto mediante aportaciones de capital), con importantes concesiones a la «**concepción concursal**» o del «**antiprivilegio**» (declaración de la postergación legal automática de dichos créditos en las suspensiones de pagos o quiebras o intervención administrativa en la liquidación), pudiendo configurarse el siguiente cuadro:

- a) Créditos que por sí o por persona interpuesta tuvieran frente a la sociedad los administradores o cualquier socio con participación en el capital superior al diez por ciento, incluidos los créditos de terceros con garantía de los administradores o cualquiera de sus socios;
- b) Créditos de sociedades pertenecientes al mismo grupo (art. 42.1 del Ccom): los créditos postergados no atribuían a su titular derecho de voto en las quiebras y suspensiones de pagos;
- c) Postergación automática de garantías; y
- d) Aplicación de las mismas reglas a otros tipos de negocios jurídicos: como la cesión de bienes a la sociedad en régimen de usufructo o arrendamiento, o con precio aplazado, o de un contrato de *leasing* o como consecuencia de una transmisión fiduciaria.

En definitiva, la postergación de créditos recoge una amplia jurisprudencia sobre el tema de *la simulación de créditos* que, engarzando con las instituciones del fraude de ley y el abuso de derecho, hallan su máximo exponente en el ámbito socio-laboral a través de figuras tales como las *crisis fraudulentas de empresa*, la *descapitalización* o *despatrimonialización* buscada en favor de sus reales titulares, cuando no en el *alzamiento de bienes*, en las que buena parte de las soluciones jurisprudenciales alcanzadas han tenido su apoyo en la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica.

Por último, en el ámbito específico de las cotizaciones sociales, resulta clara la incidencia de esta norma fallida respecto de la posición de la TGSS en los procedimientos concursales y, concretamente, en materia de «**prelación de créditos**», puesto que no debe olvidarse que la posición que éstos ocupan en relación a otros [regulado en los arts. 1.921 a 1.925 CC (*De la clasificación de créditos*) y 1.926 a 1.929 CC (*De la prelación de créditos*)], se halla en relación «a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor».

4. Conclusiones.

No obstante las reticencias mostradas por la doctrina respecto de la necesidad de regulación positiva de la **infracapitalización material** de sociedades -argumentando fundamentalmente como razón en contra la dificultad en la determinación de cuándo una sociedad está realmente infracapi-

talizada-, si ésta puede justificar la exigencia de *responsabilidad civil* (y en su caso incluso *penal*) de los administradores y el levantamiento del velo de la personalidad jurídica de la sociedad, haciendo responder personalmente a los socios, como un supuesto específico de *fraude de ley en que la norma de cobertura es la referente a la persona jurídica y la norma defraudada, en la hipótesis analizada, de lesión al derecho de crédito de las cuotas sociales, sería el TRLGSS, la infracapitalización nominal* requerirá más bien *la recalificación* por parte de la ley o de los Tribunales, *de los recursos aportados en concepto de créditos, como fondos o capital propios*, debiendo subrayarse, como precedente legislativo a la regulación de esta última el *Anteproyecto de LSRL de 1993, sobre la postergación de créditos*.

La exigencia de una capitalización adecuada de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada, unipersonal o pluripersonal, como *ratio* de la responsabilidad limitada de los socios, en contraposición con la práctica habitual de su constitución, sobre todo las citadas en segundo lugar, con unos «estatutos tipo» y un capital social ínfimo, plantea la necesidad de dar soluciones que, atendiendo a los previsible efectos de signo negativo que ello representa para el tráfico jurídico en general y, concretamente, *para el equilibrio financiero de nuestro Sistema de Seguridad Social, articulen de manera efectiva la necesaria adecuación entre un capital de responsabilidad suficiente que garantice el derecho de crédito en función de la actividad o actividades que constituyan el objeto social*.

En efecto, si en la Exposición de Motivos de la LSRL se afirma que la cifra mínima de capital social de la sociedad anónima «cumple una función disuasoria respecto de las iniciativas económicas más modestas» -arguyendo como razones preferenciales para la decantación por la de responsabilidad limitada *la mayor flexibilidad de su régimen jurídico, los reducidos costes de estructura y la mayor autonomía de la voluntad-*, no puede obviarse la aseveración unánime vertida por los operadores profesionales de que dicha cifra mínima de capital, calificado frecuentemente de mero requisito de publicidad para alcanzar la protección registral, es a todas luces insuficiente, no sólo para cumplir su función empresarial sino, desde nuestro lógico y reflejo punto de vista, la función primordial de *garantía de acreedores*. Como se ha señalado atinadamente: «una cosa es el riesgo empresarial, que hay que amparar, incluso cuando pueda recaer sobre terceros, y otra muy distinta es el abuso reiterado de situaciones de insolvencia, a veces claramente buscadas» (*Boletín del Colegio de Abogados, núm. 2, de 1992, pág. 29*).

Por otra parte, la proliferación de las sociedades de responsabilidad limitada adheridas a ese mínimo institucional que la norma ha fijado como capital social, no obedece tanto a las ventajas señaladas por el legislador cuanto a otros motivos, preeminentemente fiscales que, bien traen su origen de la transformación a esa forma societaria del empresario autónomo o de la anónima cuyos administradores, en conjunción con los presupuestos básicos y principios de la organización corporativa, no estaban dispuestos a soportar el régimen de responsabilidad que les imponía la disposición transitoria 3.ª del TRLSA, una de las consecuencias del proceso de reforma iniciado en 1989 respecto de nuestra legislación mercantil que, si bien todavía inacabada, apunta en esa dirección tras la entrada en vigor del nuevo Registro Mercantil, en cuyo importante artículo 378 se establece el cierre a Registro de las sociedades que no presenten a depósito sus cuentas anuales.

En fin, un sencillo análisis de los balances de estas sociedades con capital ínfimo, contrastado con el valor de su patrimonio económico, permitiría afirmar que su financiación propia apenas cubre una mínima parte de su activo. Ello supone, **necesariamente**, acudir a *fuentes de financiación externas*, tanto a largo como a corto plazo, lo que hace plantearnos la interrogante de cómo las entidades financieras o los mismos proveedores puedan conceder crédito a estas sociedades dada la insuficiencia de capital de que adolecen. Sin embargo, la respuesta no se hace esperar: **indefectiblemente, dicha financiación ha de tener como contrapartida la presentación de garantías adicionales y externas a la mercantil, es decir, ajenas a la responsabilidad social y económica del devenir empresarial, particularmente en el supuesto que estudiamos de lesión al derecho de crédito de las cuotas sociales, lo que debería implicar consecuentemente la quiebra del privilegio de la responsabilidad limitada.**

Por último, sin entrar en el debate latente sobre la preeminencia o no de los principios de buena fe y de seguridad jurídica respecto de los de justicia material y equidad, la defensa de la limitación de la responsabilidad a lo exclusivamente aportado a la aventura mercantil o negocial, no puede seguir reconociéndose a quienes no están en disposición de garantizar mínimamente a los acreedores su derecho de crédito, **bien jurídico** que protege nuestro vigente CP y que se halla presente en todas las *insolvencias punibles* contempladas en su artículo 257.

V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO DE LAS CUOTAS SOCIALES

1. Planteamiento general.

Desde que en 1989 se promulgara el TRLSA, adaptándose la legislación española a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, se han ido produciendo, según la doctrina, **dos fenómenos paralelos**: por una parte, un endurecimiento, al menos aparente, en orden a la responsabilidad de los administradores, cuyo estatuto *«se seguirá endureciendo en el futuro a través de un aumento de los supuestos concretos de responsabilidad y, asimismo, mediante la alteración de la naturaleza jurídica de esa responsabilidad»* (A. GARRIGUES WALKER); y, por otra parte, lo que se ha dado en llamar la *«judicialización de las relaciones económicas, agravándose el problema de la inadecuación de las viejas categorías del Derecho privado -civil y mercantil- a la realidad de ese amplísimo sector de las empresas que revisten la forma jurídica de sociedades de capital»* (L. F. DE LA GANDARA).

Por otra parte, es necesario subrayar que la actividad de gestión de los administradores implica el desarrollo de actuaciones no sólo jurídicas, sino también técnicas y de contenido económico y financiero, pudiéndose hablar de *«una actividad de gestión inherente al ejercicio del tráfico económico, propiamente empresarial y no societaria, en cuyo desarrollo no entra efectivamente la ley ni tan siquiera para conformar conceptualmente dicha actividad»* (E. POLO).

Pues bien, si la jurisdicción civil se ha ocupado tradicional y suficientemente del supuesto planteado en litigios por actos lesivos o daños causados por los administradores de sociedades de capital frente a los intereses de la propia sociedad, a los de los socios o accionistas o a terceros, no ha sucedido lo mismo en otros órdenes jurisdiccionales, ora por declaración de incompetencia, ora por falta de regulación específica o interpretación restrictiva de la existente, pudiéndose originar una «*zona de impunidad jurídica*» que resulta incompatible con el principio regulado en el artículo 9 CE.

Nos estamos refiriendo, sobre todo, a las numerosas sociedades que, teniendo contraídas deudas con sus acreedores sociales (créditos salariales de los trabajadores, cotizaciones a la Seguridad Social, etc.), resultan insolventes o desaparecidas, produciéndose la ulterior declaración de «crédito incobrable» por la TGSS o, en el supuesto de créditos salariales, del abono de los mismos por el FOGASA, subrogándose en los derechos de los trabajadores en litisconsorcio pasivo necesario, sin que por parte de los administradores se haya procedido al cumplimiento de sus obligaciones o de cuya actuación resulte susceptible la exigencia de responsabilidad que aquí estudiamos.

En definitiva, las insuficiencias en el tratamiento de esta materia, unidas, de una parte, a los profundos cambios operados en el régimen estatutario de los administradores y, de otra, a la definitiva superación de la función reparadora o resarcitoria de este procedimiento especial o acción de responsabilidad de los administradores destinada a servir de «*tutela preventiva del crédito*» (DUQUE), incluidos los débitos laborales o los derechos de crédito de la Seguridad Social, justifican su inclusión aquí, no sólo por la tendencia observada en nuestros tribunales o por la misma jurisprudencia cautelar, sino por la imperiosa necesidad de proteger adecuadamente los intereses patrimoniales de nuestro sistema de protección social.

A este fin diremos, en primer lugar que, en el marco del actualmente existente *doble régimen de responsabilidad de los administradores* (uno *general*, representado por las **acciones social e individual**; y otro *especial*, previsto en los supuestos de **disolución no actuada**) y, no obstante el principio de igualdad que, según se ha señalado, «ha de darse en la posición de los sujetos entre los que surge una relación jurídico-obligacional» (MUÑOZ CONDE) -posición de igualdad que según la citada doctrina no se daría en las obligaciones con la Seguridad Social-, trataremos de determinar en este capítulo *si la TGSS puede, en última instancia, reconducir al ámbito de aplicación de dichos regímenes de responsabilidad de los administradores la satisfacción de sus derechos de crédito por las cuotas sociales, bien jurídico protegido penalmente sólo a partir de una determinada cantidad presuntamente defraudada y con un límite temporal concreto.*

Dicho de otro modo, a falta de una regulación específica sobre responsabilidad administrativa de los administradores en la cotización y, siguiendo la doctrina precitada, ante la posición de «*desigualdad*» en que se encuentra la Seguridad Social respecto de los «acreedores privados» en la tutela de sus créditos por vía civil, examinaremos si ésta, *como legal acreedor de una relación jurídica-obligacional de carácter público*, puede asimismo lograr la satisfacción de sus créditos a través de dicha disciplina legal, regulada tanto en los **artículos 133 a 135 del TRLSA**, a los que se remite expresamente el **artículo 69 LSRL (acción social por acreedores y acción individual de responsabilidad)**, como, de manera especial, en el régimen de responsabilidad *ex lege* establecido

en los **artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL (acción por no disolución)**, sin olvidar hacer una breve referencia a la disciplina introducida por el **artículo 129 LSRL («sociedades sobrevenidas unipersonales no publicitadas»)**.

2. Líneas de tratamiento y marco normativo.

Una vez planteado genéricamente el supuesto objeto de estudio, seguiremos las siguientes líneas de tratamiento del mismo:

En primer lugar, una vez referenciada la normativa vigente que, en el ámbito jurídico-societario, disciplina la institución de la responsabilidad civil de los administradores, explicitaremos las remisiones normativas que, indirectamente, dedica nuestro ordenamiento jurídico-público de Seguridad Social a dicho régimen de responsabilidad.

En segundo lugar, examinaremos los presupuestos que debieran concurrir para poder ejercitarse, por parte de la TGSS, desde la perspectiva de su posición como *«acreedor legal legitimado activamente»*, las acciones de responsabilidad de naturaleza *extracontractual* tanto individual o directa, como social o subsidiaria de segundo grado en supuestos de insolvencia de la sociedad.

En tercer lugar, compendiamos las posiciones doctrinales y jurisprudenciales respecto al régimen de responsabilidad impuesto a los administradores por **no haber procedido a la disolución de la sociedad cuando concurra alguna de las causas legalmente previstas para ello** y, paralelamente, los presupuestos para el ejercicio de la acción correspondiente por la TGSS, relacionando, por último, el nuevo régimen de responsabilidad introducido por el artículo 129 LSRL, referente a las **«sociedades sobrevenidas unipersonales no publicitadas»**.

La normativa vigente en el ámbito jurídico-societario se halla contenida en el **Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA)**, aprobado por **RD Leg. 1564/1989, de 22 de diciembre**, redactada al amparo de la disposición final 1.^a de la **Ley 19/1989, de 25 de julio**, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades; en la **Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada**, donde se incorpora la regulación de la figura de la **Sociedad Unipersonal**, tanto en forma anónima como de responsabilidad limitada, y en el **Reglamento del Registro Mercantil**, aprobado por **RD 1784/1996, de 19 de julio**, que introduce importantes novedades, como es la aparición de la figura de los **administradores suplentes**, la posibilidad de **nombramiento de administrador persona jurídica** o el **cierre a Registro** de las sociedades que no hayan presentado las cuentas anuales.

Por otra parte, no obstante el vacío legal existente respecto de la responsabilidad administrativa de los administradores en materia de cotización a la Seguridad Social, interpretamos como una remisión indirecta a dicha disciplina legal en dos normas reglamentarias: de un lado, en el **Reglamento**

General de Recaudación de Recursos del Sistema de Seguridad Social (RGR), en cuyo **artículo 10.5** («*Responsables solidarios: Aspectos sustantivos*») se dice: «Se originará asimismo responsabilidad solidaria en el pago de las deudas a la Seguridad Social (...) *en general, por el hecho de estar incurso el responsable en los demás supuestos en los que por pacto o por norma, se imponga expresamente tal tipo de responsabilidad*». Y, de otro, en el **artículo 41 del Reglamento Sancionador por infracciones en el Orden Social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social (RPS)**, cuyo tenor literal dice: «El empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones correspondientes a la empresa y a sus trabajadores, en su totalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sin perjuicio, en su caso, de las responsabilidades solidarias y subsidiarias previstas en el indicado precepto en relación con el artículo 127 de la misma ley y en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en orden al cumplimiento de dicha obligación. *En aquellos supuestos en que exista una normativa específica que establezca la responsabilidad de otros sujetos distintos al empresario, se estará a lo dispuesto en la referida normativa*».

En relación con estas remisiones normativas, cabe apuntar -siguiendo el criterio en sentido negativo que una doctrina ya consolidada ha señalado respecto de la articulación por vía reglamentaria de aspectos no contemplados en la ley-, si no hubiese sido más conveniente su inclusión en la norma legal (TRLGSS), tal y como hace la LGT que, en su artículo 37.1, en redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, dice: «*La ley podrá declarar responsables de la deuda tributaria, junto a los sujetos pasivos o deudores principales, a otras personas, solidaria o subsidiariamente*».

3. Las acciones social e individual de responsabilidad exigible por la Tesorería General de la Seguridad Social como acreedor legal.

En sentido estricto, el régimen general de responsabilidad civil de los administradores sólo opera en los supuestos de causación de un daño cuyo importe deba indemnizarse. En este sentido, dicho régimen parte de un doble supuesto de responsabilidad (arts. 133-135 TRLSA): por daños causados al patrimonio de la sociedad, exigible por esta misma o por los socios minoritarios, pero también, en su caso, por *los acreedores*, a través de la **acción social de responsabilidad**; y, en segundo lugar, por daños que lesionen directamente los intereses de socios o terceros -acreedores o no-, exigible a través de la **acción individual de responsabilidad**.

Así pues, en principio, dichas acciones de responsabilidad, tal como señala la *STS de 25 de mayo de 1993* (RJ 1993, 3736), constituyen «*el expediente técnico por cuya virtud la sociedad trata de compensar los eventuales daños causados por los titulares de posiciones orgánicas*» y, si bien las posiciones doctrinales acerca de esta responsabilidad «*orgánica*» son a menudo contrapuestas respecto de su naturaleza contractual o no entre los socios y sus administradores, no existen dudas, sin embargo, respecto de estos últimos y sus acreedores sociales, que será, por el contrario, siempre de **naturaleza extracontractual** (art. 1.902 CC).

Ahora bien, los presupuestos configuradores de una u otra acción son radicalmente distintos desde la perspectiva de la posición del acreedor.

3.1. La acción social de los acreedores por insolvencia de la sociedad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 133.1 TRLSA, el **artículo 134.5** del mismo texto legal confiere a los acreedores sociales la legitimación para ejercitar la acción social de responsabilidad, destinada a reconstituir no el patrimonio de los acreedores -para cuya defensa disponen de la acción individual de responsabilidad contemplada en el art. 135 TRLSA-, sino el patrimonio social, cuya integridad les afecta no sólo de una manera refleja como sucede con los accionistas, sino de una *manera directa*, al exigirse la imposibilidad de satisfacción de sus créditos por insuficiencia del patrimonio social, es decir, **«el estado de insolvencia de la sociedad»**.

Ahora bien, al tratarse de una *acción social*, aunque *ejercitada por los acreedores*, su objetivo no es otro que la reintegración del patrimonio social insuficiente para el pago de sus créditos, por lo que la condena solidaria de los administradores o, dicho con mayor precisión, «de todos los miembros del órgano de administración» (art. 133.2 TRLSA), sin perjuicio de los supuestos de exoneración que dicho precepto establece (no obstante la presunción *iuris tantum* de «culpa colectiva», con inversión de la carga de la prueba), se hará, en su caso, frente a la sociedad, de tal manera que, pese a la no satisfacción de los créditos y a la insuficiencia patrimonial de la sociedad para hacerlo, los administradores deberán resarcir a la sociedad y no a los acreedores (SSTS 21-5-1992, RJ 1992, 4274; y 4-11-1991, RJ 1991, 8143).

Como ha señalado unánimemente la doctrina, se trata, en definitiva, de *una única acción social*, cuyo objetivo fundamental reside en *la reintegración del patrimonio social dañado como consecuencia de los actos o acuerdos de sus administradores*. No obstante, con carácter *subsidiario*, indirecto o reflejo (STS de 26-11-90, RJ 1990, 9050), podrán ejercitar la acción los **acreedores sociales**, debiendo señalarse en este sentido los siguientes aspectos fundamentales de la misma, tanto sustantivos como procesales: *el presupuesto material de la insolvencia, la legitimación procesal y la prescripción de la acción*.

En efecto, el ejercicio de la acción requiere no sólo que ésta no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios o accionistas minoritarios sino que, además, se exige que *el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos* (art. 134.5 TRLSA), es decir, **«un estado de insolvencia»** (SSTS 21-5-1985, RJ 1985, 2406; y 13-2-90, RJ 1990, 681) (69).

(69) Vid. POLO, E.: «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», en AA.VV.: *«Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles»* (URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA), T. VI, Civitas, Madrid, 1992, pág. 298 y ss., apunta que «el profundo cambio experimentado por la norma al sustituirse el antiguo presupuesto subjetivo -amenaza grave para la garantía de los créditos (art. 80 de la antigua LSA de 1951)- por un presupuesto objetivo cual es que el patrimonio social resulte insuficiente para satisfacer el crédito, es decir, el estado de insolvencia, acomodaría mejor, según apunta la doctrina, como *acción autónoma* y no como acción social ejercitada subsidiariamente».

Pues bien, si se ha señalado que la atribución de la legitimación para el ejercicio de la acción a la minoría y a los acreedores sociales no deja de ser una variante de la acción subrogatoria establecida en el artículo 1.111 CC (70), la ley no establece ningún requisito formal específico de legitimación a los acreedores sociales para el ejercicio de la acción en razón de la pluralidad o el número de éstos, en función del título de su crédito o por razón de su cuantía, por lo que, en principio, a pesar de tratarse de una acción social, **los acreedores quedan legitimados para el ejercicio de la acción siempre que se dé el presupuesto material de la insolvencia.**

No obstante la ausencia de solución legal, parece que la legitimación de los acreedores continúa siendo, en primer lugar, una **legitimación individual**, tras quedar acreditada la insuficiencia del patrimonio de la sociedad deudora. En segundo lugar, **nada impide el ejercicio de la acción durante el período de liquidación o en caso de quiebra de la sociedad** (71) y, por último, **no será necesario que la insuficiencia patrimonial haya sido judicialmente declarada**, tanto a través del auto de insolvencia definitiva en el expediente de suspensión de pagos como a través de la declaración de quiebra. Ello no obstante, lo que sí parece requerir el ejercicio de la acción de responsabilidad es el mismo presupuesto de la declaración de quiebra a instancia de los acreedores, es decir, que la solicitud se funde **en título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio, y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago** (art. 876 CCom).

La circunstancia, sin embargo, de que la declaración de insolvencia *no sea necesaria no quiere decir que no sea suficiente*, ya que el reconocimiento judicial del estado de insolvencia implica necesariamente la insuficiencia patrimonial de la sociedad para hacer frente a sus obligaciones.

En definitiva, se sustituye el criterio de la seguridad de los acreedores por el de su satisfacción, cuya determinación ofrece una mayor seguridad jurídica en el ejercicio de la acción: hasta que no se dé el presupuesto material de la insolvencia no se les concede la posibilidad de ejercitarla, cuyo primer requisito es que éstos ostenten un crédito vencido y exigible.

Por otra parte, el carácter de **subsidiariedad alternativa de segundo grado** para el ejercicio de la acción por los acreedores (STS de 5-12-1991, RJ 1991, 8916), reconduce el problema de su legitimación en el supuesto de haberse producido previamente un acuerdo de transacción entre la sociedad y sus socios: toda vez que la ley no prevé que éste pueda ser impugnado por los acreedores, hay que admitir esta legitimación cuando el acuerdo transaccional, incluso no siendo fraudulento, no repare totalmente el daño causado al patrimonio social y continúe siendo insuficiente para la satisfacción de sus créditos, admitiéndose en caso de prueba del fraude la posibilidad del ejercicio de la acción.

(70) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., GARCÍA-PITA PEMÁN, D., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: «Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria», en AA.VV.: *Responsabilidad de altos cargos y consejeros de sociedades de capital*, McGRAW-HILL, Madrid, 1996, pág. 24; y ALONSO UREBA, A.: «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una Sociedad Anónima», *RDM*, núm. 198, 1991, pág. 667 y ss.

(71) DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: «La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima», Edit. Montecorvo, 2.ª edic., Madrid, 1995, pág. 267 y ss.

Asimismo, cabe advertir que la ley no establece el momento en que opera la legitimación de los acreedores. En este sentido, caben dos opciones: la aplicación analógica del plazo de *un mes cumplido el plazo para el ejercicio de la acción de los accionistas*, si se ejerce o, si la legitimación opera por inacción o pasividad o total inacción de la sociedad y de la minoría, *no existe plazo o no debe fijarse* (plazo de espera y no de caducidad), y el momento en que operaría la legitimación habría que referirlo, bien a la fecha del acuerdo o actuación lesiva de los administradores, bien a la de su conocimiento por los acreedores, bien al momento en que se produjo o apreció materialmente el daño (72).

Por último señalar que, en todos los supuestos en que entre en juego la acción social de responsabilidad, el **plazo de prescripción** de la acción, ante el silencio del TRLSA, es de *cuatro años*, en base a lo dispuesto en el artículo 949 CCom (STS de 21-5-1992, RJ 1992, 4274).

3.2. La acción individual de los acreedores por culpa extracontractual.

Conceptualizada como **una acción personal dirigida a lograr la reparación de los perjuicios causados directa e individualmente a los intereses de los accionistas y de los terceros** (SSTS de 21-5-1985, RJ 1985, 2406; y 12-4-1989, RJ 1989, 3007; y entre las más recientes: 12-6-1995, RJ 1995, 5729; 22-6-1995, RJ 1995, 5180, y 21-7-1995, RJ 1995, 5729) (73), puede ser definida asimismo como «un recurso complementario que permite al perjudicado dirigirse directamente contra los administradores por el daño propio» (74).

Su disciplina legal se enmarca en el ámbito del Derecho común relativo a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, de la que constituye un supuesto específico, con fundamento último en el artículo 1.902 del CC (culpa *aquiliana*), resultando aplicable a los administradores -que de forma ilimitada responderán con su propio patrimonio, siendo susceptible de ser asegurada-, cuando en su acción u omisión, *antijurídica, antitestamentaria o indiligente*, concurren los **requisitos** objetivos generales de **daño, culpa y relación de causalidad entre ambos**.

Respecto del **daño**, se exige que éste sea «directo» y no meramente reflejo, como en la acción social, debiendo ser, por tanto, **evaluable económicamente o susceptible de patrimonialización**.

(72) POLO, E., *op. cit.*, pág. 355 y ss.

(73) El carácter que se atribuye a dicha responsabilidad resulta cuestión no pacífica y, tanto la doctrina como la jurisprudencia, no ofrecen respuestas homogéneas. En este sentido resulta clarificadora la STS de 21 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4274), comentada por ALCALÁ DÍAZ, M.A.: «Acción individual de responsabilidad frente a los administradores», *RdS*, Aranzadi, núm. 1, 1993, donde se señala que «cuando la acción individual de responsabilidad es ejercitada por terceros, no obstante su *caracterización de orgánica en cuanto a su origen*, se aplicará el régimen común propio de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del CC (...) al no existir vínculo contractual entre las partes sino el genérico contenido en el principio *naeminem laedere* que alcanza también a las personas físicas de los administradores en su aspecto individual y en su condición de órganos...». En este sentido, véase ESTEBAN VELASCO, G.: «Responsabilidad de administradores: acción individual o acción por no promoción o remoción de la disolución», *RdS*, núm. 5, 1995, pág. 47 y ss.

(74) ESTEBAN VELASCO, G., *op. cit.*, pág. 53.

Respecto del **acto** -expresión más amplia que la de negocio jurídico-, debe ser realizado por el propio administrador, ya sea por acción u omisión o por comisión por omisión, y calificarse como **antijurídico**, entendiéndose por tal el que es *ilegal* -referida la ilegalidad no sólo a las leyes específicamente societarias o mercantiles, sino a cualquier norma con rango legal o reglamentario- o **anties-tatutario**, o en fin, calificable de **indiligente** con culpa grave, leve o levísima.

Por consiguiente, no sólo se exige un daño «directo», sino que este daño venga originado por una actuación antijurídica o culpable de los administradores en cuanto tales, es decir, actuando investidos de su cargo o directamente como órganos de la sociedad.

Configurada así, de modo genérico, como una responsabilidad de tipo *profesional* en la que se exige del administrador que actúe como un ordenado empresario y representante leal (art. 127 TRLSA), fijaremos nuestra atención en los elementos del supuesto de hecho exigidos para que aquélla surja, pero situándolos exclusivamente en el **ámbito extracontractual**.

Así, señalaremos en primer lugar que, desde el punto de vista del **elemento subjetivo**, el ejercicio de la acción por un tercero -acreedor o no-, supone que ésta haya de situarse, necesariamente, en el plano de las relaciones jurídico-societarias externas. Ello implica que la lesión o daño directo causado al patrimonio del tercero aparece causalmente ligado al ejercicio por los administradores de sus funciones o competencias (SSTS de 11-2-1991, RJ 1991, 6909; y 5-12-1991, RJ 1991, 8916). Es decir, la responsabilidad de los administradores frente a los terceros -acreedores o no- tiene carácter **extracontractual**, derivada del daño producido por una acción u omisión culpable realizada en virtud de su cargo.

En segundo lugar, desde el punto de vista del **elemento objetivo**, es claro que tanto la «causación antijurídica» (STS de 10-2-1994, RJ 1994, 1736) como la violación del contenido de la diligencia exigible al ordenado y leal administrador (art. 127 TRLSA) remiten a la verificación simultánea de la diligencia/culpa como criterio de liberación/imputación de responsabilidad. Ahora bien, desde una perspectiva extracontractual, la responsabilidad puede derivarse **de la infracción de un deber legal o reglamentario impuesto a quien desempeña una determinada actividad**.

Sin embargo, no debe olvidarse que nos encontramos ante una acción de **responsabilidad por daños**, por lo que deberá acreditarse, según hemos visto, la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la responsabilidad: la existencia del **daño**, la **culpa** de los administradores y el «**nexo causal**» entre ambos. La falta de alguno de estos presupuestos implica que dicha responsabilidad no surja. Así, en la *STS de 4-11-1991*, RJ 1991, 8143, se afirma que:

«La no liquidación en forma legal del patrimonio social cuando la sociedad se encuentra en una situación de insolvencia, es susceptible de inferir ese daño directo (...) por configurar una negligencia grave de los administradores en el incumplimiento de sus deberes legales (...) pero todo ello no es suficiente para que la acción prospere (...), porque es ineludible que haya una relación de causalidad entre el daño producido y el incumplimiento de aquellos deberes.»

Por último, en relación con los plazos de **prescripción**, coincide la doctrina en afirmar que, tratándose de una acción contra los administradores, en principio el régimen aplicable debe basarse en el 949 CCom, *de cuatro años* si la acción se ejercita por los socios, o de **un año** por los terceros, en aplicación del **1.968.2 CC.** (STS de 22-6-1995, RJ 1995, 5180).

Menos pacífico resultará el problema de **la prueba**. Si bien únicamente en el supuesto de que el daño sea producto de un acto legal o no contrario a los estatutos sociales al demandante le cabrá la obligación de probar la culpabilidad del administrador (en los otros casos la carga se invierte y el *onus probandi* recaerá sobre el administrador), respecto de la legalidad o no de las conductas, se apunta la posibilidad de producirse auténticas *prejudicialidades*, y en el tema del daño, una probable adopción de *posturas relativistas* en las que se discutirá no tanto el daño en sí, como por ejemplo, el daño mayor evitado (75).

En definitiva, el sentido último del artículo 135 TRLSA no es otro que el de otorgar una protección complementaria y directa a los socios y terceros, sin perjuicio de la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus órganos. Esto no quiere decir que se pueda obtener una doble indemnización por el mismo daño, sino que, en su caso, el perjudicado dispone de **dos vías de reclamación** fundadas en sus respectivos títulos.

Desde un punto de vista práctico, señala la doctrina que la tutela del artículo 135 TRLSA «sólo se debe poner en marcha cuando se excluya que la repercusión dañosa del acto de los administradores deriva únicamente del daño al patrimonio social» (76), debiendo ejercitarse, sobre todo, *en supuestos de crisis o situaciones preconcursales* que hagan presumir que, cualquiera que fuera el grado de diligencia, se producirá el impago (SSTS 26-12-1991, RJ 1991, 9604, 4-11-1991, RJ 1991, 8143, 11-10-1991, RJ 1991; 6909, 26-2-1993, RJ, 1993, 1259; 22-4-1994, RJ 1994, 3084 y 26-7-1994 RJ 1994, 6781). Según estos pronunciamientos, la conducta típica es aquella que va dirigida a provocar el incumplimiento de las deudas sociales, colocando a las sociedades en situación de *despatrimonialización* y vaciamiento de fondos en interés propio o de determinados terceros, sin perjuicio de que, en su caso, pueda existir un ilícito penal («*Insolvencias punibles*», reguladas en el art. 257 del vigente CP).

Sin embargo, la amplia configuración de la responsabilidad **ex artículos 262.5 del TRLSA y 105 de la LSRL** que examinaremos a continuación (no limitada a la responsabilidad por las nuevas obligaciones contraídas a partir de la infracción de deberes en fase de crisis), ha venido a vaciar de función en la práctica esta acción individual, teniendo en cuenta la exigencia de menores requisitos probatorios y el mayor contenido de la pretensión.

(75) SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J.J.: «Algunas reflexiones, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, acerca de las acciones de responsabilidad frente a los administradores de las sociedades mercantiles; las cuestiones competencial, material y procedimental», *AL*, núm. 40, noviembre 1996, pág. 771.

(76) ESTEBAN VELASCO, *op. cit.*, pág. 64.

3.3. Acumulación de acciones.

En virtud de los artículos 156 y 159 de la LEC (principios de *economía procesal* y *unidad de sentencia*), nada obsta para que dichas acciones puedan acumularse (77), pudiendo optarse entre las siguientes alternativas:

- a) Presentando *dos demandas independientes*, una contra la sociedad y otra contra los administradores;
- b) Presentando *las dos demandas conjuntamente*, contra la sociedad deudora y solidariamente contra sus administradores responsables; y
- c) Presentando *demandas contra el administrador*, que puede resultar más eficaz ante una eventual insolvencia de la sociedad o cuando, teniendo sentencia favorable contra la sociedad, ésta no puede ejecutarse por haber desaparecido o no contar con bienes suficientes.

Por otra parte, al haber previsto la norma una *responsabilidad solidaria* entre los administradores, será bastante con dirigirse contra uno de ellos para lograr esa declaración. Sin embargo, y a pesar de la previsión que hace el artículo 1144 CC (*ius eligendi* e *ius variandi*), lo aconsejable en la práctica es la demanda dirigida contra todos aquellos que aparezcan en el Registro Mercantil como administradores de la sociedad deudora, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 133.2 TRLSA: «*Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración social*», pues, en toda lógica, a alguno de ellos le cabrá aducir razones de exoneración.

4. Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad.

4.1. Aspectos sustantivos y procesales.

Según establecen las Sentencias de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de junio de 1993 y de 8 de julio de 1995, para que resulte de aplicación el precepto contenido en el artículo 262.5 TRLSA, basta con:

- «1.º La existencia de un crédito exigible contra una sociedad anónima;
- 2.º La concurrencia de alguna de las causas de disolución establecidas en el artículo 260 y concretamente las 3.^a, 4.^a, 5.^a y 7.^a.

(77) SÁNCHEZ CALERO, F.: «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», en «*Estudios en homenaje a José Girón Tena*», Madrid, 1991, pág. 334 y ss.

La omisión por los administradores de su obligación de convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, en su caso, solicitar la disolución judicial de la sociedad».

A pesar de los problemas interpretativos que una abundante «jurisprudencia menor» ha venido planteando (por todas, las SSAP de Salamanca, de 31-10-1995; de Valencia, 7-12-1994 y 23-5-1995; de Barcelona, 14-12-1994 y de Valladolid, 19-6-1995), por lo que la doctrina confía en la pronta unificación de criterios por el Tribunal Supremo, lo cierto es que la gran mayoría de los supuestos de responsabilidad que la jurisprudencia venía señalando en base al artículo 81 de la LSA de 1951 (135 TRLSA), encuentran ahora un mejor acomodo en la disciplina legal establecida en el **apartado 5.º del artículo 262 del TRLSA** y en el **artículo 105 de la LSRL**, considerada «más rigurosa, más simple y más eficaz que la del 135 TRLSA» (78).

Considerada como «una novedad en el ordenamiento jurídico mercantil español(...), que contempla un caso concreto que tiende a evitar la permanencia en el tráfico jurídico mercantil de sociedades que, por encontrarse en una muy difícil situación económica, pueden resultar inviables, con la consiguiente inseguridad que tal situación genera y el peligro que supone para los propios socios y para los acreedores que con aquélla se relacionan» (SAP de Burgos de 24-7-95), y que «responde al nuevo deseo de la ley de obligar a los administradores a solicitar la disolución de aquellas sociedades cuya apariencia jurídica no corresponda a su situación real» (SAP de Zaragoza de 23-11-91), su eficacia ha de ser «principalmente tuitiva de los intereses de los acreedores sociales y la preventiva de la quiebra» (79).

Respecto a su *naturaleza jurídica* diremos, en principio, que se trata de una responsabilidad *ex lege, personal* (1.911 CC) y *solidaria* (1.144 y ss. CC), a la que denominaremos de carácter *cuasi-objetivo* (80) e *ilimitada*, por responderse de todas las obligaciones sociales («deudas sociales» según el art. 105.5 LSRL), cualquiera que sea su origen negocial, extracontractual o legal (1.089 CC), y que la doctrina considera, no como una responsabilidad-indemnización, sino como *responsabilidad-sanción* (81).

(78) Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad», *RdS*, núm. 5, 1995, pág. 279 y en este sentido la SAP de Madrid, de 24-6-1993. Asimismo, ESTEBAN VELASCO, *op. cit.*, pág. 68.

(79) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, I.: «La responsabilidad de los Administradores en las sociedades de capital», Aranzadi, 1995, pág. 237.

(80) Si bien un sector de la doctrina mantiene que no ha de entenderse como responsabilidad objetiva por considerar que no se prescinde de la culpabilidad del agente en la producción del daño, ya que los administradores podrán exonerarse probando que no les es imputable culpa alguna, no obstante la presunción de «culpa colectiva», con inversión de la carga de la prueba (Vid. F. DE LA GÁNDARA, *op. cit.*, pág. 28, siguiendo a ESTEBAN VELASCO, *op. cit.*, pág. 72), otros autores mantienen, sin embargo, que en este supuesto «no se requiere la culpa, el daño y el nexo causal entre ambos» (DÍAZ ECHEGARAY, *op. cit.*, pág. 523), hablándose también en algunas sentencias de «responsabilidad objetiva» (SSAP de Oviedo, de 1-12-1992; de Granada, de 14-5-1994 o Pontevedra, de 19-4-1993).

(81) Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.* pág. 273; y ESTEBAN VELASCO, *op. cit.*, pág. 72. También es considerada como «sanción civil» por SACRISTÁN BERGIA, F.: «La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución», *RdS*, núm. 6, 1996, pág. 273), o «sancionadora o punitiva y especial» (RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA-HUERTA VIESCA, *op. cit.*, pág. 201).

Respecto del **elemento subjetivo** de la responsabilidad tampoco existe una posición unánime, si bien resulta claro que, a excepción de los administradores suplentes (147 RRM) y otros responsables voluntarios (apoderados o directores generales), e independientemente de la estructura que se haya adoptado para la administración social (arts. 124 y 185 RRM), *ésta alcanza a todos los administradores*, incluso a aquellos con *facultades delegadas* (arts. 141 TRLSA y 57 LSRL) y, en el caso de *administrador persona jurídica* (143 RRM), recaerá sobre ésta, no sobre la persona física que la represente (82).

Por otra parte, se ha afirmado que esta responsabilidad opera como medio de garantía de la eficacia de las **causas de disolución**, entre las que el supuesto de «*pérdidas cualificadas*» (260.1.4.º TRLSA y 104.e LSRL), por su mayor frecuencia en la práctica (83) y en las decisiones judiciales, es donde se han ido fijando algunos criterios de mayor seguridad por su constatación contable, máxime si se apoya en un informe concluyente de auditoría (SAP de Burgos, de 24-7-1995). En este sentido creemos importante la precisión introducida por el 104.e) LSRL de «*Patrimonio contable*» (capital suscrito y desembolsado), así como el nuevo precepto contenido en el artículo 378 RRM, sobre cierre a Registro por falta de depósito de cuentas anuales debidamente aprobadas. A nuestro juicio, la relevancia del supuesto hace aún más necesaria la regulación positiva de la *infracapitalización de sociedades*, a la que han aludido muchas sentencias condenatorias para los administradores por no disolución (SSAP de Zaragoza, de 27-5-1992; 2, 4, 12, 15 y 19-11-1993, y 1-12-1993).

Desde el punto de vista que más interesa a este estudio y, en base a los criterios elaborados por la doctrina y la «jurisprudencia menor», podemos configurar un cuadro práctico que recoja las posiciones adoptadas, sobre todo respecto de las **consecuencias y efectos jurídico-materiales** de este régimen especial de responsabilidad:

- a) *No es precisa la existencia de un daño o lesión*, entendido en el sentido de insolvencia de la sociedad, que le impidiese hacer frente a sus obligaciones sociales, como desencadenante de la responsabilidad de los administradores.

(82) La tendencia o fenómeno, cada vez más frecuente, del desplazamiento del poder del órgano de administración hacia un segundo órgano colegiado o unipersonal, es «consecuencia de la disociación entre la propiedad y el poder, entre el riesgo y el control de la sociedad (...), pese a compartir un objetivo común constituido por un reparto de funciones y una concentración de poder». POLO, E., pág. 455 y ss., y, en el mismo sentido, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA-HUERTA VIESCA, *op. cit.* pág. 48 y ss. Coincidiendo con este razonamiento, la ya mencionada STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 12-4-1996, R.º 6543/95 (AL, núm. 35, septiembre 1996), sostiene que «... la responsabilidad de los Administradores frente a terceros es consecuencia de la *diversificación del poder directivo en la empresa mercantil, entre titularidad y disposición...*». Por su parte la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 18 de abril de 1996, afirma que debe entenderse al administrador responsable solidario, bien cuando además sea el único socio de la sociedad, bien cuando incumpla sus obligaciones de disolución y liquidación de la misma.

(83) BELTRÁN, E.: «*La disolución de la S.A.*», Civitas, Madrid, 1991, pág. 138 y ss. Para este autor, la relevancia de este supuesto «justifica la dureza de la norma, al funcionar como una medida preconcursal que trata de evitar la insolvencia (...) concurriendo la causa cuando, en cualquier momento del ejercicio y a través de cualquier balance, constaten (los administradores) la existencia del referido desequilibrio patrimonial».

- b) **No tienen por qué existir deudas sociales** en el sentido de «desbalance» (activo inferior a pasivo) para que se desencadene la responsabilidad al concurrir cualquier causa disolutoria, incluso en sociedades solventes;
- c) **No hará falta la insolvencia de la sociedad** para hacer la exclusión de bienes y posteriormente reclamar frente a los administradores, ya que este régimen opera por separado de los procedimientos concursales (84).

Ello quiere decir que, si bien lo más frecuente será acudir a esta vía contra la sociedad cuando ésta carezca de bienes para hacer frente a sus obligaciones (y, si posee bienes, éstos pueden ser difícilmente realizables), la acción dirigida contra el patrimonio personal de los administradores sociales puede servir como medida «preconcurso».

- d) **Se logra una importante mejora en la situación de los acreedores concursales**, ya que se abarcarán todas las obligaciones contraídas con anterioridad a la situación de quiebra (fecha de retroacción), siendo suficiente que se de, bien *la pérdida que disminuya el valor del patrimonio por debajo de la mitad del capital social* (260.1.4.º TRLSA y 104 e LSRL), e incluso a tiempos aún anteriores en los casos de paralización de los órganos sociales, *conclusión del objeto social o imposibilidad de realizar el fin social* (260.1.3.º TRLSA y 104 c LSRL), o *por falta de actividad durante tres años consecutivos* (novedad introducida por el 104 d LSRL), así como por *reducción del capital social por debajo del mínimo legal* (260.1.5.º TRLSA y 104 f y 108 LSRL).
- e) **Es una acción directa y acumulable a las acciones del régimen general de responsabilidad de los administradores**. Además, en supuestos de acción de responsabilidad por esta vía ulteriormente devenidos en situaciones de quiebra o suspensión de pagos, queda abierta la posibilidad de formular acción de responsabilidad *ex* artículos 133-135 TRLSA, fundamentada en daños producidos a los acreedores sociales por insolvencia y actuación indiligente y culposa de los administradores, con relación de causalidad entre la falta de diligencia y el daño.

Por último, en cuanto al **plazo de prescripción**, la doctrina más generalizada entiende, en aplicación del artículo 949 CCom, la responsabilidad de los administradores prescribe a los **cuatro años** desde que *por cualquier causa cesaron en el ejercicio de la administración* o, si éste continúa en el ejercicio de su cargo, habrá que ir al *plazo de prescripción que corresponda por la propia naturaleza de la obligación*, sin que deba olvidarse que, si a pesar de concurrir los presupuestos de los artículos 262.5 TRLSA y 105 LSRL, se dirigen no obstante acciones contra los administradores por la vía del artículo 135 TRLSA, el plazo será, en todo caso, el de *un año* (1.968.2 CC), al tratarse en esta última hipótesis de una responsabilidad extracontractual por daños (SSTS de 21-5-1992, RJ 1992, 4274; y de 14-2-1994, RJ 1994, 1468).

(84) *Vid. supra*, ap. 2.2.3, CAPÍTULO II, sobre la posición teórica de la TGSS en el Anteproyecto de Ley Concursal.

4.2. Conclusiones.

A la luz de lo que ha sido considerado por la doctrina como *un precepto novedoso, llamado a convertirse en instrumento de frecuente utilización práctica* en los supuestos analizados, la aplicación del régimen legal de responsabilidad *ex artículo 262.5 TRLSA (105 LSRL)*, nos parece, en principio, una de las vías más adecuadas para lograr la satisfacción del derecho de crédito de las cuotas sociales, fundamentalmente por tratarse de una *«responsabilidad-sanción»* de carácter *legal*, que no es consecuencia de la insolvencia ni del impago, sino más bien una *«medida preventiva»* de esa insolvencia, entendida, según hemos visto, como lesión (*«consumada» o «potencial»*) (85) del derecho de crédito, que puede evitar procedimientos concursales.

Así pues, dentro de los supuestos de responsabilidad sobrevenida por infringir prohibiciones o por incumplir obligaciones (frecuentes en el ámbito del Derecho Mercantil y, particularmente, en el Derecho de Sociedades), nos hallamos ante una de estas últimas *«en que la ley mercantil actúa como ley administrativa»* (86). Con ello se busca evitar la *«prolongación ficticia»* de una persona jurídica (la sociedad inmersa en causa de disolución: arts. 260 TRLSA-104 LSRL), y se sanciona a quienes la mantienen en el tráfico (los administradores), con el fin de impulsarles a cumplir la obligación legal de hacer efectiva la disolución.

En la hipótesis concreta que estudiamos, ya hemos visto cómo las normas de Seguridad Social han previsto mecanismos para garantizar la satisfacción de sus derechos de crédito, entre los que cabe destacar, **particularmente**, *la no declaración de insolvencia mientras el sujeto obligado al pago ejerza una actividad y/o tenga trabajadores de alta en su empresa, o la posible revisión de la declaración de un crédito como incobrable, rehabilitando éste con la reapertura del procedimiento ejecutivo*; y, **con carácter general**, *el deber de información por entidades financieras, funcionarios públicos y profesionales oficiales*, impuesto por el artículo 36 TRLGSS, en redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

Ahora bien, en supuestos conectados sobre todo a la presencia de una persona jurídica con interposición frente a terceros, dichas medidas parecen mostrarse ineficaces, a tenor del elevado índice de morosidad, con ulterior declaración de insovenia o de créditos incobrables, respecto de aquellas empresas *«desaparecidas»* o *«en paradero desconocido»* como las tilda el propio RGR (art. 168), por lo que, si en las relaciones jurídico-económicas se ha reaccionado utilizando la responsabilidad como instrumento equilibrador de su tráfico, cabe esperar otro tanto respecto de la relación jurídico-pública obligacional de cotización, a la que este *«instrumento jurídico»*, creemos, puede estar llamado a servir.

(85) *Vid. supra*, ap. 2.2.2, CAPÍTULO II, sobre la insolvencia.

(86) QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 281.

Sin embargo, el carácter legal de dicha «*responsabilidad-sanción*» y el amplio mecanismo de reintegración patrimonial que posibilita, no conjugan muy bien con el olvido legislativo respecto a cuestión tan relevante, que luego parece haberse querido suplir *reglamentariamente* mediante su remisión indirecta a este régimen de responsabilidad de los administradores.

Nos referimos a los ya analizados, y con poca fortuna en su redacción, **artículos 10.5 RGR y 41 RPS**. Queremos decir con ello que si, como parece colegirse de su tenor literal, dichas normas reconducen a esta disciplina legal los supuestos de derivación de responsabilidad no previstos expresamente en el TRLGSS, a las reticencias ya mostradas sobre el problema de las obligaciones frente a la Administración Pública, habrá de añadirse una más que probable interpretación restrictiva de la misma por el órgano jurisdiccional, lo que no ha sucedido, y aunque por razones bien distintas, respecto de la legitimación activa de los trabajadores, ya reconocida por la «jurisprudencia menor» del orden social, por sus créditos laborales, o asimismo, a la Hacienda Pública en el orden contencioso-administrativo, al disponer las obligaciones tributarias de un régimen específico de responsabilidad de los administradores previsto en la LGT.

En este sentido, puede afirmarse que, en primer lugar, acogido el carácter de cuasi «impuesto» atribuible a las cuotas de Seguridad Social, con el refrendo del nuevo CP; en segundo lugar, exteriorizada la tendencia hacia la unificación en el procedimiento de recaudación del Estado (disposición transitoria 13.ª del TRLGSS) y, por último, protegidas penalmente y en idéntica amplitud tanto las cuotas de Seguridad Social como las obligaciones tributarias, no parece lógico que, mientras estas últimas gozan de una protección especial a través de la responsabilidad administrativa de los administradores de sociedades en supuestos de defraudación de impuestos (art. 40.1 LGT, modificada parcialmente por la Ley 25/1995, de 20 de julio), no suceda lo mismo respecto de las cuotas de Seguridad Social que, por otra parte y, a diferencia de aquéllas, generan derechos subjetivos.

Es por ello que, en ausencia de dicho régimen de protección especial de las cuotas sociales, cabe plantearse si, *respecto de aquellas deudas no susceptibles de ser perseguidas penalmente* (por razón de la cuantía defraudada o la limitación temporal del ilícito), y, *sin perjuicio de la reclamación de las mismas por vía civil, ex artículo 262.5 TRLSA, pudieran quedar asimismo circunscritas, con sede en este régimen de responsabilidad legal, al conocimiento del orden contencioso-administrativo*.

Por último, creyendo necesario insistir acerca de las reservas expresadas respecto del derecho de crédito en el marco de las obligaciones de carácter jurídico-público, aludiremos, una vez más, al CP que, en su artículo 257.2, configura la cualidad de acreedor sin hacer distinciones entre sujetos de Derecho privados o públicos, de lo que se colige, desde esta perspectiva, que si la responsabilidad del deudor y el consiguiente derecho del acreedor a la satisfacción de su derecho de crédito puede derivarse únicamente de una obligación realmente existente, el problema a dilucidar es si, como señala un sector de la doctrina, deben excluirse del Derecho de Obligaciones, institución básica del Derecho privado, aquellas de carácter económico de los ciudadanos frente al Estado derivadas de su poder sancionatorio.

5. Responsabilidad especial en supuestos de unipersonalidad sobrevenida no publicitada.

Considerado como la consagración legal de *un supuesto de levantamiento del velo de la persona jurídica en el marco de una sociedad de capital* (87), la regulación de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, regulada en los artículos 125 a 129 de la LSRL, así como la sociedad anónima unipersonal (disposición adicional 2.ª LSRL, por la que se da redacción al nuevo art. 311 TRLSA), obedece a la necesidad de incorporar las disposiciones contenidas en la Directiva 89/667/CEE, de 21 de diciembre (12.ª Directiva Comunitaria en materia de sociedades).

Dicha regulación, en lo que aquí nos interesa, sobre todo el artículo 129 LSRL, viene a zanjar una cuestión importante suscitada por la doctrina: aquellas sociedades devenidas unipersonales, la incompatibilidad entre la sociedad unipersonal y la esencia de la personalidad jurídica y el principio general de responsabilidad universal que consagra el artículo 1.911 CC.

Nos referimos al debate doctrinal sostenido en torno a las tesis sobre la responsabilidad ilimitada o no del único socio en casos de insolvencia, decantándose ésta progresiva y mayoritariamente en favor de la primera, entendiéndose que la concentración de acciones en un solo socio originaba la responsabilidad ilimitada de éste de forma automática. En efecto, la condición de *dominus societatis* del único socio, en coherencia con el binomio poder-responsabilidad, provoca de hecho una confusión patrimonial que hace aplicable el artículo 1.911 del CC, sobre todo en el caso frecuente de sociedades titulares de todas las acciones de otra. (En este sentido abundante jurisprudencia se había pronunciado ya en la dirección expresada: por todas, SSTS de 3-6-1991, RJ 1991, 4411; 20-6-1991, RJ 1991, 4526, y 23-6-1993, RJ 1993, 4720).

En la actual regulación, el artículo 129 LSRL establece que: «*Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio no responderá de las deudas contraídas con posterioridad*».

Se configuran pues, dos situaciones distintas para el supuesto de sociedad unipersonal sobrevenida: la que podríamos denominar «*sociedad unipersonal sobrevenida publicitada*» y la «*sociedad unipersonal sobrevenida no publicitada*», interesándonos sobre todo esta última hipótesis, desde el momento en que establece una responsabilidad de carácter *personal, ilimitada, genérica y solidaria*.

(87) Vid. EMBID IRUJO, J.M.: «La problemática de los grupos», *RdS*, núm 2, 1994, pág. 628; citado por BOLDO RODA, C.: *op. cit.*, pág. 336 y ss. De esta última autora vid. asimismo el trabajo «Levantamiento del velo de la persona jurídica en un caso de responsabilidad extracontractual (STS 20 de julio de 1995, RJ 1995, 5715)», en *RdS*, núm. 6, 1996, pág. 244 y ss.

En consecuencia, el acreedor no tiene que justificar la previa insolvencia de la sociedad, ni hacer previamente exclusión de los bienes sociales, aunque no debe olvidarse su *provisionalidad*, puesto que desaparece respecto de las deudas contraídas tras la inscripción de la unipersonalidad.

Por último, hay que subrayar que, al igual que sucede con la «responsabilidad-sanción» imputable a los administradores por no disolución de la sociedad, el fundamento de esta última es de origen *legal*, por lo que no puede descartarse su utilidad práctica, sobre todo teniendo en cuenta su interrelación con la problemática ya examinada de las sociedades no disueltas o liquidadas.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV.: «*Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*» (coord. por L. Fernández de la Gándara y realizado por éste junto a D. García-Pita Pemán y A. Fernández Rodríguez); J & A GARRIGUES ABOGADOS, Edit. Mc-GRAW HILL, Madrid, 1996.
- AA. VV.: «*Comentarios a las leyes laborales*» (dir. por E. Borrajo Dacruz), 2.ª edic. Madrid, 1988.
- AA.VV.: «*Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo*» (A. Baylos Grau y L. Collado García); Edit. TROTTA, Madrid, 1994.
- AA.V V. : «*Lecciones de Seguridad Social*» (J. F. Blasco Lahoz, J. I. García Ninet, J. López Gandía y M.ª A. Momparler Carrasco); TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1993.
- AA. VV.: «*Sucesión de empresas*» (J. García Tena y F. Alarcón Beira); LA LEY, Madrid, 1995.
- AA. VV.: «*Instituciones de Seguridad Social*» (M. Alonso Olea y J.L. Tortuero Plaza); CIVITAS, 14.ª edic., Madrid, 1995.
- AA. VV.: «*Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*», (B. Schulte y otros), MTSS, Madrid, 1992.
- AA. VV.: «*Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo*», (R. Jacob, A. Vianes, I. Chamard y otros), MTSS, Madrid, 1993.
- AA. VV.: «*Compendio de Seguridad Social*» (M. Alarcón Caracuel y S. González Ortega); TECNOS, 4.ª edic., Madrid, 1991.
- ALCALÁ DÍAZ, M.A.: «Acción individual de responsabilidad frente a los administradores», *RdS*, 1-1993.

- ALMANSA PASTOR, J.M.: «Derecho de la Seguridad Social», TECNOS, 7.ª edic., Madrid, 1991.
- ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE: «Derecho del Trabajo», 14.ª edic., FD, Madrid, 1995.
- ALONSO UREBA, A.: «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una Sociedad Anónima», *RDM*, núm. 198, 1991.
- APILLUELO MARTÍN, M.: «Grupo de empresas y Derecho del Trabajo», *AL*, núm. 15, abril 1996.
- BELTRÁN, E.: «Una nueva propuesta de ley concursal», *AA*, núm. 237, marzo 1996.
- BELTRÁN, E.: «La disolución de la Sociedad Anónima», CIVITAS, Madrid, 1991.
- BLAT GIMENO, F.: «Régimen jurídico-laboral de la descentralización productiva», Tesis, Valencia, 1989.
- BOLDO RODA, C.: «El levantamiento del velo de la persona jurídica»; ARANZADI, Pamplona, 1996.
- BOLDO RODA, C.: «Levantamiento del velo de la persona jurídica en un caso de responsabilidad extracontractual», *RdS*, núm. 6, 1996.
- BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1994.
- CAIROS BARRETO, D.M.: «La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y seguridad», *AL*, núm. 11, marzo 1996.
- CAMPS RUIZ, L.M.: «Régimen laboral de la transmisión de la empresa». TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1993.
- CAMPS RUIZ, L.M.: «El nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social y el Régimen jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios», *TS*, Ciss, 1995.
- CAMPS RUIZ, L.M.: «Tratamiento laboral de los grupos de sociedades», *AL*, núms. 34 y 35, septiembre 1990.
- CAMPS RUIZ, L.M.: «El arrendamiento de empresa, aspectos jurídico-laborales», *AL*, núm. 10, marzo 1996.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *RL*, I, 1992.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», *RTS*, núm. 13, marzo 1994.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ: *La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia*, Madrid, 1995.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: «La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima». Edit. Montecorvo, 2.ª edic., Madrid, 1995.

- EMBID IRUJO, J.M.: «Los grupos de sociedades en la CEE», *CDC*, núm. 5, junio 1989.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «Responsabilidad de administradores: acción individual o acción por no promoción o remoción de la disolución», *RdS*, núm. 5, 1995.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «Tradición y reforma en el nuevo Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada», AA.VV.: «¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada?», Madrid, 1994.
- GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo en las contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, núm. 130, 1981.
- GARCÍA NINET, J.I.: «La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social» (1981-1995); Edit. CISS, Valencia, 1996.
- GONZÁLEZ BIEDMA: «Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios», *RL*, septiembre 1993.
- IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R.: «El Abuso de Derecho y el Fraude de Ley en el Derecho del Trabajo». Edit. COLEX, Madrid, 1989.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal y los derechos de los trabajadores en la crisis de la empresa», *AL*, núm. 48, diciembre 1996.
- MARTÍN VALVERDE; RODRÍGUEZ-SAÑUDO; GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, TECNOS, 4.ª edic., Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», *IES*, Madrid, 1980.
- MASSAGUER, J.: «La estructura interna de los grupos de sociedades», *RDM*, núm. 192, 1989.
- MASSAGUER, J.: «La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de los socios», AA. VV.: «La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada», Madrid, 1994.
- MOLERO MANGLANO, C.: «Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos», *AL*, núm. 27, 1-7 julio de 1996.
- MOLINA NAVARRETE-OLARTE ENCABO: «Los nuevos escenarios de la "flexibilidad" en el sistema de relaciones laborales», *RTS*, núm. 10, junio 1993.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa», *MTSS*, 1987.
- ORDUÑA MORENO, F.J.: «La Insolvencia»; TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1994.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las Comunidades de Bienes», *REDT*, núm. 80, 1981.
- PÁRAMO MONTERO, P.: «Las responsabilidades empresariales en el ámbito laboral y de Seguridad Social». Edit. CISS, 2.ª edic., Valencia, 1996.
- PAZ-ARES, C.: «Sobre la infracapitalización de las sociedades», *ADC*, 1983.
- PAZ-ARES, C.: «La infracapitalización. Una aproximación contractual», *RdS*, núm. 2, 1994.
- POLO, Eduardo: AA. VV.: «Comentario al régimen legal de las sociedades anónimas: VI, Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima». (dir. por R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia). CIVITAS, Madrid, 1992.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad», *RdS*, núm. 5, 1995.
- RIVERO LAMAS, J.: «La cesión de trabajadores en el Derecho español», en AA. VV. (dir. E. Borrajo Dacruz): «La reforma del mercado de trabajo», Actualidad editorial, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia», AA.VV: *Estudios en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA-HUERTA VIESCA: «La responsabilidad de los Administradores en las sociedades de capital», ARANZADI, 1995.
- SALA FRANCO, T.: «La descentralización del trabajo», AA. VV: *El ordenamiento laboral español...* (Durán López, Montoya Melgar y Sala Franco), Madrid, 1987.
- SÁNCHEZ BERGIA, F.: «La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución», *RdS*, núm. 6, 1996.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: «Supuestos de responsabilidad de los Administradores en las sociedades anónimas», en «Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea», CIVITAS, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J.J.: «Algunas reflexiones, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, acerca de las acciones de responsabilidad frente a los administradores de las sociedades mercantiles; las cuestiones competencial, material y procedimental», *AL*, núm. 40, noviembre 1996.
- VALVERDE ASECIO, A.J.: «La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral». CIVITAS, Madrid, 1996.
- VICENT CHULIÁ: «Compendio crítico de Derecho Mercantil», Barcelona, 1993.