



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**Aspectos concursales y societarios
de la crisis económica de una
sociedad anónima**

Autora: Natalia Couto Caramés

Tutora: Almudena Fernández Carballal

**Doble Grado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas**
Año 2015

Índice

Abreviaturas	5
1. Antecedentes de hecho	6
1.1 Supuesto de hecho	6
2. Cuestiones	8
2.1 Analice las diversas alternativas que la sociedad tiene para evitar la declaración de concurso.	8
I. Instituciones preconcursales	8
II. Comunicación de negociaciones	8
III. El acuerdo extrajudicial de pagos	10
IV. Los acuerdos de refinanciación	13
V. Conclusiones	17
2.2 Dictamine sobre si la situación de desbalance entre el patrimonio y el capital social obliga a solicitar la declaración de concurso.	18
I. Disolución de las sociedades de capital	18
II. Diferencias entre el desbalance patrimonial y la insolvencia.....	19
III. Conclusiones	21
2.3 Dictamine sobre la clasificación, en caso de concurso, de los créditos titularidad de don Plácido y doña Nerea.	23
I. Clasificación de los créditos en caso de concurso	23
II. Personas especialmente relacionadas con el deudor	24
III. Conclusiones.....	26
2.4 Dictamine sobre la posibilidad de ejercitar con éxito acciones de reintegración por el pago realizado a Almanzor, S.L.	27
I. Acciones de reintegración	27
II. Pago a Almanzor, S.L.	30
III. Conclusiones	32
2.5 Dictamine sobre la posibilidad de anular el acuerdo social y sobre las eventuales responsabilidades penales de don Plácido	33
I. Impugnación de acuerdos sociales	33
II. Responsabilidades penales	36
III. Conclusiones	37
2.6 Dictamine sobre la posibilidad de que Augusta Nerea, S.A. ejercite acciones contra sus antiguos trabajadores.	38
I. Abandono sin preaviso	38
II. Competencia y contacto con antiguos clientes	40
III. Conclusiones	42

3. Bibliografía	43
4. Apéndice jurisprudencial	45
5. Apéndice normativo	47

Abreviaturas

Art.: Artículo

Ad.: Adicional

C.P.: Código Penal

Disp.: Disposición

ET: Estatuto de los Trabajadores

LC: Ley Concursal

LCD: Ley de Competencia Desleal

p.: página

pp.: páginas

S.A.: Sociedad Anónima

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

S.L.: Sociedad Limitada

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TRLGSS: Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

TRLSC: Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

1. Antecedentes de hecho

1.1 Supuesto de hecho

Plácido Augur y Nélica González son los titulares cada uno del 50% del capital social de Augusta Nerea, S.A., sociedad constituida en 1999, y cuyo objeto social es el propio de una agencia de viajes. El domicilio social está situado en A Coruña y Plácido y Nélica son los dos administradores solidarios de la entidad.

En los últimos cinco años, la sociedad ha experimentado un sensible descenso de su volumen de negocio, lo que ha obligado a que en dos ocasiones los socios solicitasen una ampliación de la línea de crédito que tienen abierta con la entidad Banco Popular, S.A. Como quiera que en la segunda ocasión la mencionada entidad les denegó el crédito, ambos socios realizaron, de su propio patrimonio, sendos préstamos a la sociedad para poder hacer frente al pago de los salarios de sus diez trabajadores, así como al abono de las cuotas de la seguridad social.

Pese a ello, y como la situación no ha mejorado, la sociedad ha dejado de pagar las cuotas de la seguridad social correspondientes a los dos últimos meses y no ha podido hacer frente al pago de los salarios de los trabajadores el último mes. Además, al redactar las cuentas anuales, los administradores de la entidad se han percatado de que el patrimonio neto ha descendido por debajo de la mitad del capital social.

Los administradores han iniciado conversaciones con sus dos principales acreedores (una compañía mayorista y la mencionada entidad de crédito) para tratar de llegar a algún tipo de acuerdo que pueda garantizar la viabilidad de sociedad. Como principal baza, la sociedad alega que las ventas van a experimentar un aumento, pues, tras una intensa campaña publicitaria, ha comenzado a ofrecer un nuevo producto destinado a organizar el viaje y la estancia en el extranjero de escolares y estudiantes universitarios.

Anexo cuestión 2.4: La sociedad debe 500.000 € a Almanzor, S.L. por unas obras realizadas. Almanzor solicita la declaración de concurso necesario de Augusta Nerea, S.A., pero no presenta la preceptiva tasa judicial, por lo que se le requiere para subsanar el defecto. Al día siguiente, la sociedad paga lo debido, por lo que el defecto nunca se llega a subsanar, y, lógicamente, la sociedad no es declarada en concurso. Sin embargo, siete meses después la sociedad es declarada en concurso voluntario.

Anexo cuestión 2.5: Ante la situación de crisis de la entidad, doña Nélica empieza a volcarse en mayor medida en la administración de la sociedad. El 1 de enero de 2014 descubre el acta de una junta “universal” celebrada supuestamente el 6 de septiembre de 2008, en la que consta su firma –falsificada por don Plácido-. Pese a que en los estatutos nada se contempla sobre la retribución de los administradores, el acta recoge un acuerdo en el que se fija una retribución anual de 200.000 € a favor, exclusivamente, de don Plácido. Seguidamente, doña Nélica comprueba que don Plácido ha venido cobrando anualmente dicha cantidad.

Anexo cuestión 2.6: Cuando la situación se vuelve insostenible para los trabajadores, todos ellos abandonan sin preaviso la sociedad y abren en una semana una nueva agencia de viajes en la misma localidad. Inmediatamente, contactan por correo electrónico con los trescientos clientes fijos de Augusta Nerea, S.A., advirtiéndoles de la crítica situación económica de la sociedad que abandonan y ofreciéndoles sus servicios.

2. Cuestiones

2.1 Analice las diversas opciones que la sociedad tiene para evitar la declaración de concurso.

I. Instituciones preconcursales

La inexistencia de un régimen legal sistemático capaz de prevenir la insolvencia motivó la incorporación de diversos instrumentos técnicos preconcursales concebidos por el legislador con la finalidad de evitar el concurso de acreedores aun existiendo una situación de insolvencia real o inminente. La necesidad de incorporación de estos instrumentos preconcursales se llevó a cabo mediante diferentes disposiciones legales, de las cuales a continuación se señalarán las más relevantes y recientes¹.

En primer lugar, el *Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal*, reconoció los acuerdos de refinanciación y los excluyó de la rescindibilidad de un procedimiento concursal posterior en determinadas condiciones. Posteriormente, la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal* avanzó la consideración de los acuerdos de refinanciación como alternativas al concurso y permitió la homologación judicial de los citados acuerdos. En el año 2013 se produjo una nueva reforma de los acuerdos de refinanciación a través de la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, a partir de la cual, se incorpora a la Ley Concursal el acuerdo extrajudicial de pagos como otra alternativa al concurso. Recientemente, el *Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial* conllevó una nueva reforma de los acuerdos de refinanciación. El *Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal*, tuvo como finalidad garantizar la coherencia de la normativa concursal después de las novedades introducidas por el anterior Real Decreto-Ley de marzo del mismo año y, más adelante, la *Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial* introduce nuevas modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Las sucesivas reformas de la Ley Concursal con el objetivo de favorecer la conservación de la actividad empresarial han regulado de esta forma las dos alternativas al concurso, conocidas como instituciones preconcursales: el acuerdo extrajudicial de pagos y los acuerdos de refinanciación².

II. Comunicación de negociaciones

Ambas instituciones preconcursales, con ciertas exclusiones, junto con la propuesta anticipada de convenio, dan lugar a los efectos que el artículo 5 bis de la Ley Concursal prevé en el caso de comunicación de negociaciones. Las negociaciones

¹ ROJO, A., en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dir.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 587-589

² VERDÚ CAÑETE, M.-J., en *Derecho Mercantil de contratos. Derecho concursal*, ALONSO ESPINOSA, F.-J., SÁNCHEZ RUÍZ, M., y VERDÚ CAÑETE, M.-J. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 239

podrán comunicarse al juzgado competente en caso de concurso si se trata de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal (acuerdo de refinanciación ordinario de carácter colectivo) o de los previstos en la Disposición adicional cuarta de la misma Ley (acuerdo de refinanciación homologado), también si se trata de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o, por último, si se trata de un acuerdo extrajudicial de pagos. Por lo tanto, no entra en el ámbito de protección que supone la comunicación de negociaciones el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.2 de la Ley Concursal.

Los legitimados para comunicar el inicio de negociaciones al juzgado competente serán los deudores cuando se trate de alguno de los acuerdos de refinanciación anteriormente mencionados o si tiene lugar una propuesta anticipada de convenio y, el registrador mercantil o el notario al que se hubiese solicitado la designación de mediador concursal cuando se solicite un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 5 bis.1 LC). Las negociaciones deberán comunicarse antes del vencimiento del plazo que el artículo 5 de la Ley Concursal predispone para que el deudor cumpla con el deber de solicitar el concurso, es decir, deberá realizarse tal comunicación dentro de los dos meses desde que el deudor haya conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5 bis.2 LC). Una vez formulada la citada comunicación, el deudor no podrá formular otra en el plazo de un año (art. 5 bis.6 LC).

La comunicación de negociaciones produce determinados efectos³:

En primer lugar, una vez se haya formulado la comunicación en el plazo correspondiente, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario (art. 5 bis.2 LC). Sin embargo, si transcurren tres meses desde la comunicación, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias en la propuesta anticipada de convenio. Las excepciones que se presentan ante esta obligación para el deudor únicamente son el hecho de que el mediador concursal ya hubiera solicitado la declaración del concurso o que el deudor no se encontrase ya en estado de insolvencia (art. 5 bis.5 LC).

En segundo lugar, no podrán iniciarse (o quedarán suspendidas las iniciadas) ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Del mismo modo, no podrán iniciarse o quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se acredite que, como mínimo, el 51 por ciento de los citados pasivos financieros han apoyado el inicio de negociaciones con la finalidad de lograr un acuerdo de refinanciación y se hayan comprometido a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor. En relación a lo indiciado en este párrafo, ello no impedirá que los acreedores con garantías reales ejerciten la acción real frente a los bienes o derechos sobre los que recaiga su garantía, pudiendo quedar paralizado una vez iniciado el procedimiento. Estos efectos se producirán desde el momento en que se presente la comunicación de inicio de negociaciones y se extenderán hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1 de la Ley

³ ROJO, A., en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, cit., pp. 590-592

Concursal, se dicte providencia que admita a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, se adopte un acuerdo extrajudicial de pagos, se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso. Las previsiones anteriores no incluyen a los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público (art. 5 bis.4 LC).

III. El acuerdo extrajudicial de pagos

El Título X de la Ley Concursal se ocupa de regular el acuerdo extrajudicial de pagos, un procedimiento extrajudicial sencillo, flexible y sustanciado en breves plazos, cuya finalidad es, en caso de solicitud del deudor, tratar de llegar a un acuerdo con sus acreedores mediante negociaciones cuando se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente. Por medio de este procedimiento se establecerá un plan de pagos, o una cesión de bienes en pago, que tratarán de evitar que la situación de crisis patrimonial tenga que desembocar en un procedimiento concursal⁴.

El presupuesto subjetivo del acuerdo se refiere a los empresarios personas naturales y a cualesquiera personas jurídicas (siendo o no sociedades de capital) pero bajo determinadas condiciones. En lo que se refiere al empresario persona natural se especifica que tal condición se refiere a lo que indica la legislación mercantil pero, también, a aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan tal condición según la legislación de la Seguridad Social, y a los trabajadores autónomos. Este deberá encontrarse en estado de insolvencia, actual o inminente, y además, contar con un pasivo que no supere los cinco millones de euros y que deberá justificar mediante la aportación del balance. Las personas jurídicas, por su parte, deberán encontrarse igualmente en estado de insolvencia; en caso de concurso que este no revierta especial complejidad; disponer de activos líquidos suficientes para hacer frente a los gastos propios del acuerdo; y, que su patrimonio e ingresos previsibles le permitan lograr con éxito el acuerdo (art. 231. 1 y 2 LC).

La regulación delimita de forma negativa quienes no podrán solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231. 3, 4 y 5 LC):

i) quienes hayan sido condenados por sentencia firme por determinados delitos (contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores);

ii) los sujetos que debiendo estar inscritos en el Registro Mercantil no lo estuviesen;

iii) quienes estando obligados a llevar la contabilidad no lo hubiesen hecho o no hubiesen depositado las cuentas anuales (en los tres ejercicios anteriores);

iv) las personas que hubiesen alcanzado en los últimos tres años un acuerdo extrajudicial, un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente o hubiesen sido declaradas en concurso de acreedores;

⁴ COLINO MEDIAVILLA, J.L., en *Cuestiones actuales sobre Derecho Concursal: Responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, RUIZ DE IZA, P. y BARBER MARREIRO, L. (Dir.), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 264

v) quienes se encuentren negociando un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiese sido admitida a trámite;

vi) cuando haya sido declarado en concurso alguno de los acreedores que debiera verse vinculado por el acuerdo;

vii) las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

En el artículo 231.5 de la Ley Concursal se expresa igualmente que “*los créditos de derecho público no podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial*” y que los créditos con garantía real se verán afectados si lo deciden los acreedores titulares de los mismos.

La tramitación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos se inicia con la solicitud del deudor de nombramiento de un mediador concursal. En el supuesto de las entidades inscribibles esta solicitud se hará ante el registrador mercantil de su domicilio, en caso contrario, ante notario también de su domicilio. Debiendo constar en la solicitud el efectivo y activos líquidos disponibles, los bienes y derechos, los ingresos regulares previstos, la lista de acreedores con los datos correspondientes, los contratos vigentes y los gastos previstos (art. 233 LC). El nombramiento del mediador concursal ha de recaer en la persona natural o jurídica que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial publicada en el “Boletín Oficial del Estado”, debiendo reunir el mediador las condiciones que se establecen en la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, por lo demás, la norma realiza un reenvío, en todo lo no previsto en cuanto al mediador concursal, a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes (art. 233 LC). Cuando el mediador concursal acepte el cargo, el Registrador mercantil o el notario, según corresponda, comunicará de oficio la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso. En un breve plazo de 10 días desde la aceptación del cargo de mediador, deberá comprobar la existencia y cuantía de los créditos y convocar una reunión antes de pasados dos meses desde la mencionada aceptación⁵.

Una vez iniciado el expediente, el acuerdo extrajudicial de pagos desprende determinados efectos:

- En primer lugar, el deudor podrá continuar con su actividad pero se abstendrá de solicitar préstamos o créditos, devolverá las tarjetas de crédito de las que sea titular y tampoco podrá utilizar medios de pago electrónicos (art. 235.1 LC). Por otro lado, no podrá ser declarado en concurso mientras no concurren las circunstancias relativas al artículo 5 bis de la Ley Concursal, anteriormente mencionadas como los efectos que produce la comunicación de negociaciones (art. 235.6 LC).

- En segundo lugar, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo, desde la publicación de apertura del expediente, deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común, tampoco podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo hasta un plazo máximo de 3 meses, exceptuándose de esta previsión a los acreedores de créditos con garantía real, quienes podrán optar por el

⁵ ROJO, A., en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, cit., pp. 593-594

inicio o continuación de la ejecución o participar en el acuerdo extrajudicial de pagos. Tampoco podrán anotarse embargos respecto de los bienes del deudor posteriores a la presentación de la solicitud, salvo los que resulten de los créditos cuyos titulares sean acreedores de derecho público o acreedores con garantía real que no deseen participar en el acuerdo (art. 233.2 y 3 LC).

El mediador concursal deberá remitir a los acreedores, en un plazo máximo de 20 días antes de la reunión con estos, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago en el que la espera no podrá superar los 3 años y la quita o condonación tampoco podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos. El plan de pagos, que deberá acompañarse de un plan de viabilidad y de un plan de continuación de la actividad, contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones y de negociación de las condiciones de los préstamos que podrá consistir en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas, así como una copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de Derecho público.

Los acreedores podrán proponer alternativas al mencionado plan de pagos en un plazo de diez días desde el envío de la propuesta pero, si en el citado plazo, un conjunto de acreedores que representen más de la mayoría del pasivo (entre los afectados por el acuerdo) decidiesen no continuar con las negociaciones, el mediador concursal deberá solicitar la declaración del concurso (art. 236 LC). Será el propio mediador concursal quien deba supervisar el cumplimiento o incumplimiento del plan de pagos acordado y proceder a la solicitud de declaración del concurso en caso de incumplimiento del mismo (art. 241 LC). El plan de pagos también podrá ser modificado en la reunión (en los términos que no afecten a los acreedores no presentes) a la que deberán asistir los acreedores convocados, salvo que ya hubiesen manifestado con anterioridad su aprobación o su oposición. Los créditos cuya titularidad corresponda a los acreedores que no se hubiesen pronunciado y no asistan a la reunión se considerarán como subordinados en caso de concurso (art. 237 LC).

Para que el acuerdo extrajudicial de pagos resulte aprobado, según el artículo 238 de la Ley Concursal, se precisa que vote a su favor o se adhiera al mismo un 60 por ciento del pasivo total del deudor. Si la propuesta de acuerdo incluye cesiones de bienes en pago, el porcentaje de aprobación se elevará al 75 por ciento, debiendo incluir a los acreedores titulares de garantías reales sobre dichos bienes, teniéndose únicamente en cuenta para el cómputo de las citadas mayorías a los acreedores que se verán afectados por el acuerdo. Una importante diferencia entre los acuerdos extrajudiciales de pago y el convenio concursal reside en este caso en la inclusión en la masa pasiva votante del acuerdo extrajudicial de categorías de acreedores que no disponen de dicha facultad en caso de concurso, como son los acreedores subordinados. Si el acuerdo extrajudicial resultase aprobado por las mayorías indicadas, deberá ser elevado a escritura pública y publicado en el BOE y en el Registro Público Concursal. En caso contrario, cuando el plan no fuera aceptado, el mediador concursal solicitará la declaración de concurso si el deudor prosigue en situación de insolvencia, la misma acción deberá llevar a cabo en caso de insuficiencia de masa activa.

El acuerdo extrajudicial de pagos podrá ser impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 239 de la Ley Concursal, ante el juzgado competente para el conocimiento del concurso en los diez días siguientes a la publicación del mismo por los acreedores que no hubieran sido convocados, los que no hubiesen votado a favor o, por aquellos que hubiesen manifestado su oposición. Sin embargo esta impugnación no

suspenderá la ejecución del acuerdo y únicamente podrá llevarse a término por motivos tasados: la falta de concurrencia de las mayorías requeridas, la superación de los límites impuestos o la desproporción de la quita o espera⁶.

El acuerdo extrajudicial de pagos tiene determinados efectos sobre los acreedores, como establece el artículo 240 de la Ley Concursal, los acreedores afectados por el acuerdo no podrán continuar ni iniciar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente, aunque conservarán las acciones que les correspondan contra los obligados solidarios y garantes personales del deudor. El deudor, por su parte, podrá solicitar la cancelación de los embargos que el juez hubiese ordenado. Los créditos quedarán aplazados y remitidos según lo que se haya dispuesto en el acuerdo extrajudicial que, en caso de cesión de bienes, los créditos se considerarán extinguidos en todo o en parte dependiendo de lo que se haya dispuesto en el mencionado acuerdo.

Por último, en relación al acuerdo extrajudicial de pagos cabe mencionar que será denominado como concurso consecutivo aquel que se declara en los casos de fracaso de este acuerdo. Este no se trata de una modalidad diferente de procedimiento concursal, sino de un concurso de acreedores respecto al cual se establecen ciertas especialidades. Los legitimados para solicitar la declaración del concurso consecutivo son el mediador concursal, el propio deudor o los acreedores concursales (art. 3.1 LC). El presupuesto objetivo del concurso consecutivo está delimitado por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, el incumplimiento del plan de pagos o la anulación del acuerdo extrajudicial. Entre las especialidades del concurso consecutivo se encuentran las siguientes: la designación, con carácter general, del mediador concursal como administrador concursal; la consideración de los gastos del expediente extrajudicial como créditos contra la masa; el plazo para actos rescindibles (2 años) se contará a partir de la solicitud del deudor al registrador mercantil o notario; no será necesario que los que hubieran firmado el acuerdo soliciten el reconocimiento de sus créditos; y, en caso de concurso fortuito de persona natural empresario el juez declarará la remisión de las deudas no satisfechas en la liquidación con determinadas excepciones (art. 242 LC). *“Las normas especiales confirman que lo que distingue a este supuesto concursal es su carácter consecutivo, como expresión de que sigue a un hecho precedente que cabe enunciar como el acuerdo extrajudicial de pagos”*⁷.

IV. Los acuerdos de refinanciación

La Ley Concursal admite en determinados casos que el empresario o el profesional insolvente alcance un acuerdo con la mayoría de sus acreedores con objeto de ampliar su crédito, evitando de esta forma la declaración del concurso. Con carácter general, estos acuerdos afectan a aquellos acreedores que los suscriban bajo determinadas condiciones, existiendo también la posibilidad de que determinados acuerdos sean homologados judicialmente. Para incentivar la consecución de estos acuerdos se establecen importantes ventajas en caso de declaración de concurso para aquellos acreedores suscriptores⁸.

⁶ NIETO DELGADO, C., en *Cuestiones actuales sobre Derecho Concursal: Responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, cit., pp. 223-228.

⁷ SÁNCHEZ-CALERO, J., en *Cuestiones actuales sobre Derecho Concursal: Responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, cit., pp. 299-306

⁸ VERDÚ CAÑETE, M.-J., en *Derecho Mercantil de contratos. Derecho concursal*, cit., pp. 239-240

De acuerdo con el tenor literal de la norma no parece necesario que el deudor se encuentre en estado de insolvencia en el momento de solicitar el acuerdo de refinanciación. En este sentido podría hablarse de dos tipos de acuerdo de refinanciación. En primer lugar, aquellos que tienen un carácter preventivo de un proceso concursal y cuya finalidad radica en evitar el estado de insolvencia mediante una solución pactada entre el deudor común y sus acreedores. En esta tipología tendrían cabida tanto aquellas situaciones en las que existe una amenaza de insolvencia (insolvencia inminente) como en las que se pueden encontrar otras dificultades financieras. Por otro lado, se pueden distinguir los acuerdos de refinanciación que pretenden ser una alternativa al procedimiento concursal⁹.

La refinanciación y reestructuración empresarial se puede alcanzar mediante acuerdos multiformes que podrían admitir distintas clasificaciones dependiendo de los criterios a los que se atienda. En general, puede diferenciarse entre los acuerdos de refinanciación previstos en el artículo 71. bis de la Ley Concursal (acuerdos de refinanciación ordinarios) y los previstos en la Disposición Adicional Cuarta de la mencionada Ley (acuerdos de refinanciación homologados).

- Los acuerdos de refinanciación ordinarios

En primer lugar, en el apartado 1 del artículo 71 bis de la Ley Concursal se recogen los denominados acuerdos de refinanciación colectivos, por referirse a una pluralidad de acreedores. La norma señala que no se considerarán rescindibles los acuerdos de refinanciación así como los actos y pagos que cumplan determinados requisitos. El contenido del acuerdo debe incluir, como mínimo, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de las obligaciones que podrá ser mediante prórroga de los plazos de vencimiento o la sustitución de las mismas por otras obligaciones, respondiendo ello a un plan de viabilidad que permita la continuación de la actividad empresarial o profesional.

Con anterioridad a la declaración del concurso debe cumplirse otra serie de requisitos para que se confirme la no rescindibilidad de estos acuerdos de refinanciación:

- i) deberá ser suscrito por acreedores que representen al menos tres quintos del pasivo del deudor;
- ii) deberá emitirse certificación por el auditor de cuentas que constate la suficiencia del pasivo;
- iii) el acuerdo deberá formalizarse en documento público junto con los documentos pertinentes que justifiquen su cumplimiento.

En segundo lugar, en el apartado 2 del artículo 71 bis de la Ley Concursal se detallan las condiciones de los acuerdos de refinanciación no colectivos. El citado artículo señala que tampoco serán rescindibles aquellos actos realizados, de forma individual o conjunta con otros realizados en ejecución del mismo acuerdo de

⁹ GARCÍA-CRUCES, J.A., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 26-27

refinanciación, con anterioridad a la declaración del concurso y que no pudiendo acogerse al régimen previsto en el apartado anterior, cumplan otra serie de requisitos. Las condiciones necesarias que se detallan son las siguientes:

- i) que incrementen la proporción previa del activo sobre el pasivo;
- ii) que el activo corriente resultante sea igual o superior al pasivo corriente;
- iii) que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores que intervengan no exceda de los nueve décimos de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen antes del acuerdo;
- iv) que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa;
- v) que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público.

Las demás especialidades comunes respecto a los acuerdos de refinanciación ordinarios (colectivos y no colectivos), residen en la posibilidad de que tanto el deudor como los acreedores puedan solicitar el nombramiento de un experto independiente, cuyo nombramiento corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor, para que informe sobre el carácter razonable del plan de viabilidad, sobre las garantías o sobre las demás menciones que la norma prevea (art. 71 bis. 4).

Por otro lado, el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación contra estos acuerdos de refinanciación únicamente podrá llevarse a cabo por la administración concursal, pudiendo basar la acción rescisoria solo en el incumplimiento de las condiciones requeridas y correspondiendo la prueba de dicho incumplimiento a quien ejercite la acción (art. 72.2 LC)¹⁰.

- Los acuerdos de refinanciación homologados

La Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal recoge los acuerdos de refinanciación homologados. Los acuerdos de refinanciación que pueden ser homologados judicialmente serán aquellos en los que se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones (mediante la prórroga de los plazos de vencimiento o sustitución de las obligaciones por otras) y que responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial, requisitos que se contemplaban para los acuerdos de refinanciación ordinarios colectivos en el artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal. Además, el acuerdo debe cumplir tres requisitos:

Un requisito respecto al pasivo, ya que el acuerdo deberá ser suscrito como mínimo por acreedores que representen el 51 por ciento de los pasivos financieros, entendiendo por acreedores de pasivos financieros a los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén sometidos o no a supervisión financiera, y quedando excluidos los acreedores que se deriven de operaciones

¹⁰ ROJO A., en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, cit., pp. 597-600

comerciales y los acreedores de pasivos de Derecho público. Sin embargo, se recoge la posibilidad de que se adhieran al acuerdo los demás acreedores que no sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público, sin poder tenerse en cuenta estas adhesiones para el cómputo de las mayorías.

La norma prevé mayorías diferentes si se trata de extender los efectos a determinados supuestos. En caso de acreedores sujetos a un pacto o régimen de sindicación se entenderá que suscriben el acuerdo cuando voten a favor, al menos, el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo (salvo que la norma de sindicación establezca una mayoría inferior).

Para la homologación del acuerdo, será también necesario que se cumpla un requisito de verificación, que se corresponde con la certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo para afrontar el acuerdo y, además, un requisito de forma que será la formalización del acuerdo en escritura pública junto con los documentos necesarios.

Los legitimados para solicitar la homologación son el deudor y cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y se acompañará del acuerdo adoptado, de la certificación del auditor de cuentas, del informe del experto independiente si lo hubiese y de la certificación del aumento de capital en caso de que se hubiese adoptado. El deudor deberá tener en cuenta que, una vez solicitada la homologación, no podrá solicitar otra en el plazo de un año. En relación a la competencia para conocer de la homologación del mencionado acuerdo, esta corresponderá al juez de lo mercantil que fuese competente para la declaración del concurso de acreedores.

Los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente podrán ser objeto de impugnación (en los quince días siguientes a la publicación del extracto de la sentencia que acuerda su homologación) por los acreedores de pasivos financieros, afectados por la citada homologación, que no hubiesen suscrito el acuerdo o que hubiesen mostrado su disconformidad, si bien, los motivos de impugnación aparecen limitados en la norma refiriéndose exclusivamente a la concurrencia de las mayorías exigidas o a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

Los efectos que se desprenden de la homologación judicial del acuerdo de refinanciación se concretan en la imposibilidad de que estos acuerdos sean objeto de acciones de rescisión y, en la extensión del acuerdo a los acreedores que no lo suscribieron atendiendo a determinadas condiciones¹¹:

- A los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo o hayan manifestado su disconformidad y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda el valor de la garantía: las esperas o la conversión de deudas en préstamos participativos se extenderán por un plazo no superior a cinco años, si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen, como mínimo, el 60 por ciento del pasivo financiero. Las mismas medidas se extenderán a los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo o hayan manifestado su disconformidad, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real cuando el acuerdo haya sido suscrito por otros

¹¹ ROJO A., en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, cit., pp. 601-605

acreedores con garantía real que representen, como mínimo, el 65 por ciento del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las otorgadas.

- A los mismos acreedores citados en primer lugar, en el caso de que el acuerdo fuese suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por ciento del pasivo financiero, se extenderán las siguientes medidas: las esperas entre un plazo de cinco a diez años; las quitas sin límite; la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora en préstamos participativos por un plazo entre cinco y diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de características distintas a la deuda original; o, la cesión de bienes o derechos como pago de la totalidad o parte de la deuda. Las mismas medidas se extenderán a los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo o hayan manifestado su disconformidad, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real cuando el acuerdo haya sido suscrito por otros acreedores con garantía real que representen, como mínimo, el 85 por ciento del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las otorgadas.

En contraposición con las reglas anteriores, cabe indicar que aquellos acreedores de pasivos financieros que no hubiesen suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen manifestado su disconformidad y que resulten afectados por la homologación, mantendrán sus derechos frente a los fiadores y avalistas de éste, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo ni los efectos de la homologación (Disp. Ad. 4ª.9 LC).

Por último, respecto a los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente, la Ley Concursal prevé en el apartado 11 de la mencionada Disposición Adicional Cuarta, que en caso de incumplimiento de los términos del acuerdo, cualquier acreedor, que se haya adherido o no al acuerdo, podrá solicitar la declaración de incumplimiento al juez que realizó la homologación. Una vez declarado el incumplimiento del mismo, *“los acreedores podrán instar la declaración del concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares”*.

V. Conclusiones

En conclusión a la cuestión señalada en este apartado acerca de las opciones que tiene la sociedad para evitar la declaración de concurso, cabe indicar que la sociedad tendrá como alternativas la negociación de acuerdos con sus acreedores que se formulará mediante los denominados procedimientos preconcursales: el acuerdo extrajudicial de pagos (previsto en el Título X de la Ley Concursal) o un acuerdo de refinanciación que podrá ser ordinario (art. 71 bis LC) u homologado judicialmente (Disp. Ad. 4ª LC).

Además, la comunicación del inicio de negociaciones de cualquiera de estas opciones, salvo la modalidad de acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.2 de la Ley Concursal, producirá determinados efectos en la situación del deudor.

2.2 Dictamine sobre si la situación de desbalance entre el patrimonio y el capital social obliga a solicitar la declaración de concurso.

I. Disolución de las sociedades de capital

Las sociedades de capital reguladas en el *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, podrán disolverse por diversas causas. En primer lugar, por decisión de los socios mediante un acuerdo social adoptado en junta general (art. 368 TRLSC); por alguna de las causas que obligan a la disolución de pleno derecho de la sociedad (art. 360 TRLSC); o, por la constatación de la existencia de alguna de las causas legales o estatutarias que obliguen a su disolución (art. 363 TRLSC).

Las causas legales o estatutarias que la mencionada Ley enumera son las siguientes:

- a) cese en el ejercicio de la actividad que constituya su objeto social;
- b) conclusión de la empresa que sea su objeto;
- c) imposibilidad de alcanzar el fin social;
- d) paralización de los órganos sociales;
- e) pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social;
- f) reducción del capital social por debajo del mínimo legal (sin ser a consecuencia de una Ley);
- g) cuando el valor nominal de las acciones o participaciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y la proporción no se restableciese en el plazo de dos años;
- h) por alguna otra causa que contemplen los estatutos de la sociedad.

El desbalance entre el patrimonio y el capital social se manifiesta en este supuesto en el que el patrimonio neto de la sociedad ha descendido por debajo de la mitad del capital social. Esta situación de desbalance patrimonial aparece enumerada entre las causas de disolución legales y estatutarias de las sociedades de capital (art. 363.1.e) TRLSC). En el citado artículo se indica que las sociedades de capital deberán disolverse *“por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”*.

En atención a esta situación de pérdidas debe tenerse en cuenta lo establecido por el *Real Decreto Ley 10/2008 de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias*, en su disposición adicional única, y que ha sido prorrogado en los años posteriores hasta el año 2014 en el *Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, en el cual, en su disposición final séptima, indica que para la valoración de estas pérdidas *“no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias o de préstamos y partidas a cobrar”*.

La literalidad del artículo 363.1.e) obliga a comprobar, en primer lugar, si a consecuencia de la situación en que se encuentra la empresa procede solicitar la declaración de concurso. En caso contrario, la sociedad debería proceder a remover esta

situación de desbalance, que podrá llevarse a cabo mediante diferentes operaciones: un aumento de capital, con el fin de reintegrar el patrimonio neto por medio de nuevas aportaciones; reducir el capital para enjugar las pérdidas y restablecer el equilibrio; o, realizar un aumento y reducción de capital simultáneo mediante la denominada operación “acordeón”.

La concurrencia de esta causa legal de disolución no opera automáticamente sino que la Ley establece un riguroso sistema que trata de evitar que una sociedad se mantenga indefinidamente incurso en esta situación, con el fin de que se disuelva o de que adopte las medidas necesarias para salir de ella¹². En caso de que la sociedad no restablezca la situación patrimonial, deberá acordar su disolución en los términos previstos en el TRLS. En este sentido debe apuntarse que los administradores que no convoquen en el plazo de dos meses, desde que se conozca tal situación, la junta general para que se adopte el acuerdo de disolución, responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la mencionada causa legal de disolución (art. 367 TRLSC).

II. Diferencias entre el desbalance patrimonial y la insolvencia

Para comprobar si procede la declaración de concurso de la sociedad es necesario acudir a la Ley Concursal que en el artículo 2 (apartados 1 y 2) contempla como presupuesto objetivo del concurso la situación de insolvencia del deudor común, entendida esta como la imposibilidad por parte del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. El estado de insolvencia puede considerarse que se compone de tres elementos: en primer lugar, debe entenderse que es insolvente quien no puede cumplir debido a una insuficiencia patrimonial o a la simple iliquidez; en segundo lugar, esta imposibilidad de cumplir debe darse regularmente, encontrándose en estado de insolvencia el deudor que solo consigue pagar actuando de forma irregular y sin seguir las reglas normales del tráfico; y, en tercer lugar, la Ley Concursal se refiere a las obligaciones exigibles lo que permite concretar un momento exacto en el que el deudor se encuentra en estado de insolvencia¹³.

De lo expuesto hasta ahora, cabe deducir que la situación de desbalance no conlleva la obligación de solicitar la declaración del concurso, no debiendo confundir la situación en la que se encuentra la sociedad a causa de las pérdidas que han dejado reducido el capital social por debajo de la mitad del patrimonio neto con el estado de insolvencia en que debe encontrarse el deudor para ser declarado en concurso. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS de 15 de octubre de 2013 (RJ/2013/7253) al indicar lo siguiente:

“No cabe confundir [...] entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social. Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito, antes en los arts. 262TRLSA y 105 LSRL, y ahora en el art. 365

¹² IGLESIAS PRADA, J.L., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., en *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dir.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 604-606

¹³ ROJO, A. y BELTRÁN, E., en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, cit., p. 511

LSC. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación”.

Según lo ya mencionado parece claro que el desbalance patrimonial y el presupuesto objetivo del concurso son situaciones diferenciadas. No puede considerarse insolvente el deudor que se ve afectado por una reducción relevante del patrimonio neto, por una situación de endeudamiento excesivo, por una falta de fondo de maniobra u otros términos que describen situaciones empresariales negativas pero que en sí mismas no resultan suficientes para considerar que se da el presupuesto objetivo de la insolvencia¹⁴.

Sin embargo, el artículo 363.1.e) del TRLSC indica que procederá la disolución siempre que no sea procedente la solicitud de declaración del concurso, como ya se indicó, para constatar este hecho es necesario acudir a lo enunciado en la Ley Concursal, donde el deber del deudor de solicitar el concurso deberá cumplirse en los dos meses siguientes a la fecha en que conozca o debiera conocer su estado de insolvencia (art. 5 LC). Si la solicitud la realiza el deudor deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente, considerándose inminente cuando prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 LC).

En este sentido, la norma señala que, salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia si concurre alguno de los hechos que sirvan de fundamento al acreedor para solicitar un concurso necesario. Estos hechos, enunciados en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, son los siguientes:

- i) título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes suficientes para el pago;
- ii) sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor;
- iii) la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor;
- iv) el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor;
- v) el incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias exigibles, del pago de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, las derivadas del pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones como consecuencia de la relación de trabajo durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso.

¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 585

En este supuesto en cuestión, la sociedad ha dejado de pagar las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los dos últimos meses y no ha podido hacer frente al pago de los salarios de los trabajadores el último mes. La Ley Concursal indica que se presume que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando hayan transcurrido los plazos señalados, es decir, nada más transcurridos los tres meses¹⁵. Sin embargo, cuando la solicitud de declaración del concurso sea presentada por el deudor, el juez declarará el concurso si de la documentación aportada se constata la existencia de alguno de los hechos del artículo 2.4 de la Ley Concursal u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor (art. 14 LC). Será el propio deudor el que deba valorar su situación y constatar si, aun no habiendo pasado el plazo previsto en la Ley para que se presuma su estado de insolvencia por el incumplimiento de sus obligaciones, existen otros hechos que revelen que sí procede la solicitud de declaración del concurso. Todo ello teniendo en cuenta, como indica el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 13 de abril de 2007 (AC/2008/3), que *“la configuración de la insolvencia como un estado significa que debe referirse a un período de tiempo determinado que cree estado, y no a un retraso momentáneo”* y, atendiendo a que el deudor tendrá la obligación legal de solicitar el concurso si se encuentra en una situación de insolvencia real y no inminente.

Por otro lado, los administradores han iniciado negociaciones con sus principales acreedores, si estas negociaciones tienen por objeto alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis o en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o para solicitar un acuerdo extrajudicial de pago, la comunicación del inicio de estas negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso, dará lugar a que no sea exigible para el deudor solicitar la declaración de concurso voluntario hasta transcurridos tres meses desde la citada comunicación (art. 5 bis.2 LC).

III. Conclusiones

Para concluir se debe considerar, como ya se indicó, que la situación de desbalance patrimonial no obliga a solicitar la declaración del concurso, sino que cuando las pérdidas dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, la sociedad deberá tomar medidas para remover esta situación de desbalance, ya que si no lo hiciese concurre una causa legal de disolución por la cual los administradores de la sociedad deberán convocar una junta general para que acuerde la disolución de la misma. Esta previsión deberá llevarse a cabo siempre que no sea procedente la declaración del concurso, cuyo presupuesto objetivo se fundamenta en el estado de insolvencia en que puede encontrarse el deudor, quien tiene la obligación legal de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde que conociese o hubiera debido conocer su estado de insolvencia.

En relación a lo concluido es necesario atender a lo apuntado por el Tribunal Supremo en la STS de 1 de abril del 2014 (RJ/2014/2159) en la cual expone que:

“En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital

¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil. Tomo II*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 302

social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual”.

De lo expuesto por el Tribunal Supremo se deduce que la insolvencia, como presupuesto objetivo del concurso y el desbalance patrimonial son situaciones independientes, es decir, puede acontecer una sin la otra y, por ello, si la sociedad se encuentra en una situación en la que se constata un desbalance entre el patrimonio neto y el capital social pero no concurren los hechos para considerar que se encuentra en estado de insolvencia, no procederá la declaración del concurso.

2.3 Dictamine sobre la clasificación, en caso de concurso, de los créditos titularidad de don Plácido y doña Nélica.

I. Clasificación de los créditos en caso de concurso

En caso de concurso, la Ley Concursal diferencia entre créditos contra la masa y créditos concursales:

Los créditos contra la masa se enumeran en el artículo 84.2 de la Ley Concursal haciendo referencia a aquellos nacidos tras la declaración del concurso en el marco del proceso concursal o derivados del mismo, como son las costas o gastos judiciales y, por otro lado, se incluyen además determinados créditos nacidos con anterioridad a la declaración del concurso como los salarios de los trabajadores los treinta días previos a la declaración del concurso, estos ejemplos entre otros créditos que integran las doce partidas que recoge el citado artículo. Los créditos contra la masa tienen por “*finalidad anticipar al máximo el momento del pago, como medio para otorgar a sus titulares una tutela preferente*”¹⁶, como indica el artículo 84.3 de la Ley Concursal, estos créditos se pagarán de forma inmediata o a su vencimiento.

Por otro lado, los créditos concursales, que formarán parte de la masa pasiva, se clasifican en créditos privilegiados, ordinarios y subordinados, como dispone el artículo 89 de la Ley Concursal. Estos créditos contra el deudor común están dominados por el principio de universalidad y serán titulares de los mismos los acreedores que posteriormente se convocarán a la junta de acreedores, una vez abierta la fase de convenio, y si procede, participarán en la fase de liquidación con posterioridad a que hayan sido satisfechos los créditos contra la masa¹⁷.

La masa pasiva estará formada por los créditos concursales, que, una vez reconocidos, se convertirán en concurrentes. Para ello, es necesario que sean puestos de manifiesto en el procedimiento, mediante la comunicación por parte de los acreedores a la administración concursal, que posteriormente elaborará la lista de acreedores en consonancia con las comunicaciones que se hayan realizado y con los datos que efectivamente resulten de los documentos del deudor¹⁸.

El conjunto de los denominados créditos privilegiados se divide en dos diferenciando entre los créditos con privilegio especial y los créditos con privilegio general. Los créditos con privilegio especial (art. 90 LC) afectan a determinados bienes y derechos del patrimonio que serán, por término general, objeto de pago mediante la ejecución separada de esos bienes o derechos afectos. Constituye la enumeración de los mismos aquellos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda, con garantía de valores, créditos refaccionarios o créditos por cuotas de arrendamiento o plazos de compraventa con precio aplazado.

Los créditos con privilegio general (art. 91 LC) afectan al conjunto del patrimonio del deudor y se sitúan después de los créditos con privilegio especial. Constituyen créditos con privilegio general determinadas cantidades por créditos por salarios; las cantidades por retenciones tributarias y de la Seguridad Social; créditos por

¹⁶ SÁNCHEZ RUÍZ, M., en *Derecho Mercantil de contratos. Derecho concursal*, cit., p. 262

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, cit., p. 626-627

¹⁸ ROJO, A. y BELTRÁN, E., en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, cit., p. 560

el trabajo personal no dependiente; el cincuenta por ciento de los créditos tributarios y demás de Derecho público y los de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial; los créditos por responsabilidad civil extracontractual; los créditos que supongan ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación; y, el cincuenta por ciento de los créditos de que fuera titular el acreedor que haya solicitado el concurso (si no son subordinados).

Los créditos ordinarios son definidos de forma negativa en la Ley Concursal en el artículo 89.3 donde se indica que serán aquellos que no hayan sido calificados como privilegiados ni como subordinados. Como regla general, el pago de los créditos ordinarios se realizará cuando hayan sido satisfechos los créditos contra la masa y los créditos concursales que gocen tanto de privilegio especial como de privilegio general (art. 157.1 LC) .

Los créditos subordinados se postergan en el procedimiento concursal con relación a los ordinarios, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal. En los supuestos de liquidación el pago de estos créditos no se realizará hasta que no hayan sido íntegramente satisfechos los créditos ordinarios (art. 158.1 LC). Además, otra de las especialidades respecto a dicha tipología de créditos reside en que los titulares de los mismos no tendrán derecho a voto en la junta de acreedores careciendo de la posibilidad de influir en la aprobación o en el rechazo de una propuesta de convenio en el procedimiento concursal que se lleve a cabo (art. 122.1 LC). Se consideran créditos subordinados:

- i) los que son comunicados tardíamente a la administración concursal;
- ii) aquellos que por contrato tengan el carácter de subsidiarios;
- iii) los créditos por recargos e intereses;
- iv) los que se correspondan con sanciones o multas pecuniarias;
- v) aquellos de los que fuera titular alguna persona especialmente relacionada con el deudor y con determinadas especialidades;
- vi) los créditos derivados de la rescisión concursal y que resulten a favor de las personas que mediante sentencia se haya estimado que actuaron de mala fe en el acto rescindido;
- vii) aquellos derivados de contratos con obligaciones recíprocas y que se haya constatado que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del concurso.

II. Personas especialmente relacionadas con el deudor

Los créditos titularidad de don Plácido y doña Nélica son préstamos, de su propio patrimonio, que ambos han realizado a la sociedad y que tendrán la consideración de créditos subordinados según lo que dispone el artículo 92.5º de la Ley Concursal en relación con el artículo 93.2.1º y 2º de la citada Ley, debido a la consideración que ambos tienen de personas especialmente relacionadas con el deudor. Como indica la STS de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011/7399) este supuesto de subordinación *“a diferencia de lo que sucede con otros casos de subordinación de los*

créditos contra el deudor concursado [...] no depende del pacto a que pudieran haber llegado los interesados ni de cuál hubiera sido el objeto de la deuda o el comportamiento del acreedor, sino, exclusivamente, de que éste resulte ser una de las personas especialmente relacionada con la deudora". La Ley Concursal considera, "sin posibilidad de prueba en contrario, que los créditos que esas personas pudieran haber concedido al concursado no pueden ser tratados del mismo modo que los restantes créditos, sino que deben subordinarse"¹⁹.

En primer lugar debe atenderse a que la excepción como créditos subordinados que expone el artículo 92.5º de la Ley Concursal respecto de aquellos créditos diferentes a los préstamos de los que sean titulares los socios no opera en este supuesto, ya que, los créditos que en esta ocasión ostentan los socios y, a la vez administradores, de la sociedad tienen efectivamente el carácter de préstamos.

En segundo lugar, debe atenderse a quienes considera la Ley Concursal, en el artículo 93, personas especialmente relacionadas con el concursado, ya que "en todos los supuestos enunciados se evidencia una cercanía con el deudor con las consecuencias que ha podido producir en el patrimonio del concursado, lo cual justifica la subordinación de sus créditos"²⁰ en este supuesto, con el concursado como persona jurídica (art. 93.2 LC) por ostentar "Augusta Nerea" la condición de Sociedad Anónima. El apartado 1º del artículo 93 de la Ley Concursal incluye como personas especialmente relacionadas con el concursado a los socios que en el momento del nacimiento del derecho de crédito sean titulares, de forma directa o indirecta, de al menos el 5% del capital social, si la sociedad concursada tiene valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviese. En este supuesto, don Plácido y doña Nélica son cada uno titulares del 50% del capital social de la Sociedad Anónima en cuestión, otorgando el préstamo a la sociedad en el momento en que poseen la mencionada titularidad del capital social, por lo que a tenor de lo que se dispone en el citado artículo de la Ley Concursal, ambos se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.

Por otro lado, el apartado 2º del mismo artículo (art. 93.2 LC) hace alusión a que se considerarán igualmente personas especialmente relacionadas con el concursado, los administradores, de hecho o de derecho, de la sociedad que se encuentre en situación de concurso. Don Plácido y doña Nélica son ambos administradores solidarios de la sociedad "Augusta Nerea S.A." y, por lo tanto, personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica. La consideración como subordinados de los créditos de los que sean titulares los administradores de la sociedad está motivada por la situación privilegiada que los mismos detentan como indica la Sentencia del Juzgado Mercantil de Málaga de 3 de octubre de 2008 (JUR 2009/80429) al indicar lo siguiente: "La ratio legis de la norma parte de considerar que determinados supuestos motivan esta calificación partiendo de que, por ejemplo, el control societario por parte de los administradores conlleva cierto privilegio y preferencia en la actuación que motiva una desvaloración de los créditos que tengan contra la sociedad".

¹⁹ ROJO, A. y BELTRÁN, E., en *Lecciones de Derecho Mercantil. El Derecho Concursal*, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., (Dir.), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 81

²⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil. Tomo II*, cit., p. 327

III. Conclusiones

En conclusión, de todo lo anteriormente expuesto se desprende que, en caso de concurso, los créditos titularidad de don Plácido y doña Nélica tendrán la consideración de créditos concursales subordinados debido a su especial relación con el concursado persona jurídica, según lo que dispone el artículo 92.5º de la Ley Concursal en relación con el artículo 93.2. 1º y 2º de la misma Ley, ya que ambos son titulares del 50 por ciento del capital social, siendo socios de la sociedad y a la vez, ambos son administradores de la misma.

El pago de estos créditos subordinados se realizará, como ya se indicó, una vez satisfechos los créditos contra la masa, los créditos con privilegio (especial y general), los créditos ordinarios, y los créditos subordinados que aparezcan en un ordinal preferente al quinto en el artículo 92 de la Ley Concursal.

2.4 La sociedad debe 500.000 € a Almanzor, S.L. por unas obras realizadas. Almanzor solicita la declaración de concurso necesario de Augusta Nerea, S.A., pero no presenta la preceptiva tasa judicial, por lo que se le requiere para subsanar el defecto. Al día siguiente, la sociedad paga lo debido, por lo que el defecto nunca se llega a subsanar, y, lógicamente, la sociedad no es declarada en concurso. Sin embargo, siete meses después la sociedad es declarada en concurso voluntario.

Dictamine sobre la posibilidad de ejercitar con éxito acciones de reintegración por el pago realizado a Almanzor, S.L.

I. Acciones de reintegración

Las acciones de reintegración están motivadas por la falta de coincidencia entre el momento en que comienza la crisis de un deudor y en el que se produce la declaración judicial de concurso, considerándose la finalidad de la reintegración suprimir los efectos que se deriven de una actuación del deudor que haya perjudicado a sus deudores en ese período²¹. Debe atenderse a lo que apunta la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 9 de diciembre de 2013 (AC/2013/2296) en relación al cambio que suponen las acciones de reintegración respecto al sistema anterior: *“La actual legislación concursal ha superado el sistema de retroacción de la quiebra, con la nulidad ipso iure de los actos de disposición o administración realizados por el quebrado dentro del plazo fijado a tales efectos por el Juez que conocía de dicho procedimiento universal, sistema que, por sus graves e injustificadas consecuencias, tuvo que ser objeto de una interpretación correctora por la moderna jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, sustituyéndolo actualmente por un sistema distinto, que condiciona la rescisión al ejercicio de acciones judiciales fundadas en la existencia de actos perjudiciales para la masa activa”*.

En el Capítulo IV del Título III de la Ley Concursal se regulan los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. En el artículo 71 de la mencionada Ley se señala que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, aunque no hubiese existido intención fraudulenta y siempre que hubiesen sido realizados en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso. En relación a qué actos deben considerarse perjudiciales para la masa activa es numerosa la jurisprudencia que trata de delimitarlos. En este sentido puede señalarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 13 de diciembre de 2013 (AC/2013/2370) que apunta lo siguiente:

“habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar, la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general.

En efecto:

a) Habrá un perjuicio de tipo particular si el concreto acto que se analiza implica disminución en el patrimonio del deudor, lo que, en lo básico, puede acontecer, ser el acto gratuito o, tratándose de un negocio oneroso, por tener la prestación del deudor

²¹ ROJO, A. y BELTRÁN, E. en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, cit., p.551

un mayor valor que la contraprestación que recibe de la contraparte; mayor valor que también puede provenir por ser aquélla de cumplimiento inmediato y ésta estar aplazada.

b) Habrá un perjuicio de tipo general si, por ejemplo, el deudor vendió a precio de mercado la única unidad verdaderamente productiva que tenía o el elemento aglutinador de su organización empresarial -así, una patente o una marca-, de forma que la ya actual del concursado impide o dificulta un convenio de continuación o determina que los bienes que restan por liquidar tengan un valor menor.

En consecuencia, no es impugnabile aquel acto del deudor que, aunque cause un perjuicio a la masa activa, cumpla estas dos condiciones: ser un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor y haber sido realizado en condiciones de mercado”.

Por otro lado, debe atenderse a que el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación contra determinados actos del deudor (art. 71.6 LC), ambos actos se tramitarán por el cauce del incidente concursal. En este sentido, le corresponde la legitimación activa, tanto para las acciones rescisorias como para los demás actos de impugnación a la administración concursal. Sin embargo, los acreedores que instasen por escrito a la administración concursal, señalando el acto y el fundamento, para que ejercitase alguna de estas acciones, estarán igualmente legitimados para ejercitarla si en el plazo de dos meses desde su requerimiento la administración concursal no lo hubiese hecho (art. 72.1 LC), debiendo notificarse la demanda interpuesta por los legitimados subsidiarios a la administración concursal.

Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado, cuya ineficacia será declarada por la sentencia que estime la acción y condenará a la restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses. En el supuesto de que el bien que se pretenda reintegrar hubiese sido transmitido a un tercero, la demanda también podrá dirigirse contra este si se pretende desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad que tenga o la protección registral, si gozase de estas presunciones el tercero de buena fe, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor de los bienes cuando salieron del patrimonio del concursado, más el interés legal. Si se apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, deberá indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa. El derecho a la prestación que resulte como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, salvo que se apreciase la mala fe del acreedor, en cuyo caso, será considerado como crédito subordinado (art. 73 LC).

La Ley Concursal relaciona en este sentido una serie de actos que pueden considerarse presunciones *iuris et de iure*, ante los que no cabe prueba en contrario y se presume el perjuicio para la masa activa, y otro en los que se produce una inversión de la carga de la prueba una vez acreditado el supuesto de hecho previsto y le corresponde al deudor demostrar la inexistencia de la pérdida patrimonial (*presunciones iuris*

tantum). A excepción de estos casos, el perjuicio patrimonial debe ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC)²².

Sin admitir prueba en contrario, se presume el perjuicio patrimonial cuando se trate de “*actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente*” (art. 71.2 LC).

Por el contrario, la Ley Concursal dispone los siguientes actos como presunciones *iuris tantum* ante el perjuicio para la masa activa del concurso, en las que sí cabe prueba en contrario (art. 71.3 LC):

- Los actos de disposición a título oneroso que se hagan a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

- La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas en sustitución de estas.

- Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior al concurso y que cuenten con garantía real

En el artículo 71.5 de la mencionada Ley se prevén una serie de actos que en ningún caso pueden ser rescindibles, debiendo tenerse en cuenta también determinados acuerdos de refinanciación previstos en el artículo 71 bis de la Ley Concursal además de los siguientes:

- Los actos que se consideren realizados en condiciones normales y ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor.

- Los actos que se incluyen en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

- Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o en los convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

El perjuicio para la masa activa es un concepto amplio que puede verse abarcado por diferentes actos y en diferentes circunstancias, como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 20 de noviembre de 2013 (JUR/2013/371401): “*como concepto jurídico indeterminado, procede subrayar que, el concepto de acto perjudicial para la masa activa, siendo un concepto mas amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrarse por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores. El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino mas bien un*

²² VALPUESTA GASTAMINZA, E., en Derecho Mercantil II, VALPUESTA GASTAMINZA, E., TORRUBIA CHALMETA, B. y LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C. (Dir.), Huygens, Barcelona, 2014, p. 466

sacrificio patrimonial injustificado”.

II. Pago a Almanzor, S.L.

La cantidad que la sociedad Augusta Nerea, S.A. le debía a Almanzor, S.L. y que le abonó, no puede considerarse incluida en ninguno de los supuestos citados anteriormente, ya que, entre otras consideraciones, el pago se lleva a cabo para la extinción de una deuda que “*debe*” y que puede entenderse con vencimiento anterior a cuando se realiza y tampoco se sobreentiende que cuente con garantía real; por lo que no se puede acoger a ninguna de estas presunciones como perjudicial para la masa activa del concurso.

Por otro lado, tampoco puede considerarse como un acto que en ningún caso es rescindible por realizarse en condiciones normales y que sea ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor; ello se deduce del hecho de que Augusta Nerea, S.A. es una sociedad cuyo objeto social es el propio de una agencia de viajes y la deuda existente entre ambas sociedades se debe a unas obras realizadas por Almanzor, S.L. que no podrían considerarse en el ámbito de su objeto social. Respecto a los pagos que se consideran ordinarios, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de enero de 2011 (JUR/2011/182591) indica lo siguiente:

“Entre ellos se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.

Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos”.

Para determinar entonces si el pago realizado por Augusta Nerea, S.A. puede ser objeto de una acción de reintegración deben considerarse las condiciones en las que se encontraba la empresa y si ello supuso un perjuicio patrimonial para los demás acreedores alterando el principio de paridad de trato de los mismos, por ello es necesario observar lo que expone el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de octubre de 2012 (RJ/2012/10415):

“En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.

Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum”.

Sin embargo, la misma Sentencia argumenta que no todas aquellas situaciones en las que se altere el mencionado principio pueden considerarse como perjudiciales para la masa activa, ya que, entonces se extendería de manera excesiva la ineficacia de todos aquellos actos que mediante su realización supusiesen una variación en la composición de la masa pasiva, como podría darse con cualquier pago debido y exigible. En dicho sentido cabe atender al momento en qué se produce el hecho en cuestión y tener en cuenta lo que expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 2014 (JUR/2014/227648) que este sentido expone lo siguiente: *“debe considerarse la coyuntura económica, financiera y patrimonial de la sociedad para determinar si el pago suponía o no, entonces, un favorecimiento injustificado a esos acreedores, satisfaciendo su derecho a participar en las ganancias, en detrimento de otros acreedores con créditos vencidos y exigibles que, con posterioridad, por razón de esos mismos créditos, han de quedar sometidos a las reglas concursales para su cobro”.*

En atención al contexto en el que se desarrolla el pago a la sociedad, es necesario valorar si la sociedad Augusta Nerea, S.A. se encontraba ya en una situación de insolvencia cuando la entidad Almanzor, S.L. solicitó la declaración de concurso o, si por el contrario la mencionada solicitud no estaba fundada en las causas previstas en artículo 2.4 de la Ley Concursal o existían motivos para que el deudor se opusiese a los mismos. Este hecho resulta importante en consonancia con lo que expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 (RJ/2012/10415): *“la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió. Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto”.*

En este supuesto en cuestión sería importante conocer entonces si la sociedad Augusta Nerea, S.A. tiene más acreedores a los que le deba pagar, si se ha producido el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, o la deuda con Almanzor, S.L. es solo una impuntualidad, o si el incumplimiento de las obligaciones respecto a las cuotas de la Seguridad Social y las retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo ha persistido y alcanzado los tres meses que se establecen como plazo para que el acreedor fundamente su solicitud de declaración de concurso. Si el estado de insolvencia ya existía en la mencionada fecha, cabe señalar además, que el deudor habría incumplido su deber de solicitar la declaración de concurso necesario prevista en los dos meses siguientes desde que conoció o debió conocer su estado de

insolvencia (art. 5 LC), ya que, realiza la efectiva solicitud siete meses después de los mencionados hechos.

En este caso, la sociedad ha iniciado negociaciones con sus dos principales acreedores, lo que hace suponer que pueden existir más, además de las deudas que tiene por los impagos de las cuotas de la Seguridad Social y de los salarios a los trabajadores y los créditos que ostentan los socios y administradores por los préstamos realizados a la sociedad. Respecto a ello, cabe apuntar lo indicado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 9 de diciembre de 2013 (AC/2013/2296) en un caso semejante que hace referencia a que cuando el acreedor promueve la solicitud de declaración de concurso conoce la situación de insolvencia de la empresa “*y lo hace sin abonar la tasa correspondiente, sin duda como elemento de presión por las graves consecuencias que de tal declaración se derivaban (art. 40.2 LC)*” y posteriormente la sociedad presenta la solicitud de concurso voluntario. De todo ello se desprende que es posible realizar con éxito acciones de reintegración ya que, en atención a la situación en que se encontraba la empresa se alteró la *par condicio creditorum*. Por otro lado, indica el artículo 73 de la Ley Concursal que si se apreciase mala fe en el acreedor, su crédito será considerado subordinado tras la rescisión, pudiendo entenderse que esta fue la pretensión del acreedor al utilizar la solicitud de declaración de concurso como elemento de presión sin abonar la tasa judicial correspondiente para cobrar antes que el resto de acreedores.

III. Conclusiones

En conclusión, para determinar si es posible realizar con éxito acciones de reintegración contra el pago que la sociedad Augusta Nerea, S.A. realizó a Almanzor, S.A., es conveniente examinar la situación en conjunto de la empresa como expresa la jurisprudencia anteriormente señalada, ya que, no es posible encuadrar el pago realizado entre los actos que se presumen rescindibles en todo caso, o rescindibles salvo prueba en contrario, ni tampoco se encuentra tal pago comprendido entre aquellos actos que en ningún caso pueden ser rescindibles. Por todo ello se hace necesario valorar si la empresa se encontraba en estado de insolvencia y si con su actuación pretendió que la Almanzor, S.L. desistiese de su solicitud de declaración de concurso y beneficiar a la sociedad en cuestión en detrimento del resto de acreedores, alterando de esta forma la paridad de trato de la masa de acreedores en caso de concurso y causando un perjuicio a la masa activa que podría considerar el acto como rescindible.

En atención a la situación en que se encontraba la empresa, las deudas que tenía y la solicitud de declaración de concurso voluntario posterior, puede apreciarse que es posible ejercitar la acción de reintegración ya que se ha visto alterada la *par condicio creditorum* y que además, puede apreciarse mala fe en la actuación de la sociedad Almanzor, S.L. que presenta la solicitud de declaración de concurso necesario y cobra anticipadamente, por lo que su crédito será considerado subordinado (art. 73 LC).

2.5 Ante la situación de crisis de la entidad, doña Nélica empieza a volcarse en mayor medida en la administración de la sociedad. El 1 de enero de 2014 descubre el acta de una junta “universal” celebrada supuestamente el 6 de septiembre de 2008, en la que consta su firma –falsificada por don Plácido-. Pese a que en los estatutos nada se contempla sobre la retribución de los administradores, el acta recoge un acuerdo en el que se fija una retribución anual de 200.000 € a favor, exclusivamente, de don Plácido. Seguidamente, doña Nélica comprueba que don Plácido ha venido cobrando anualmente dicha cantidad.

Dictamine sobre la posibilidad de anular el acuerdo social y sobre las eventuales responsabilidades penales de don Plácido

I. Impugnación de acuerdos sociales

Las sociedades mercantiles cuentan con órganos para poder actuar, que cuando son colegiados toman sus decisiones por sistemas de mayorías. El ordenamiento jurídico reconoce la existencia del acuerdo social, como manifestación de voluntad de los órganos de las personas jurídicas, siempre que se cumplan determinadas formalidades que le permiten disfrutar al acuerdo social de presunciones *iuris tantum* de legalidad. Si se demuestra la falta de legitimidad del acuerdo, la investidura legal desaparece y con ello la propia existencia del acuerdo, resultando procedente su nulidad²³.

El artículo 217 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital hace referencia a la remuneración de los administradores, indicando que se trata de un cargo gratuito, salvo que los estatutos de la sociedades establezcan otra cosa. En cuanto al importe máximo de la remuneración que reciban deberá ser aprobado por junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe otra cosa. Además, establece el apartado 4 del mismo artículo que la remuneración de los administradores deberá guardar proporción razonable en lo que se refiere a importancia de la sociedad, la situación económica y los estándares del mercado de empresas comparables.

Por otro lado, en este supuesto en cuestión, se hace alusión a la celebración de una Junta universal. Mientras el carácter colegial de una Junta general exige, en principio, la necesidad de comunicar a los socios en un determinado plazo y con ciertas garantías que va a tener lugar la celebración de una reunión, comunicación en la que también se expresará que asuntos se van a tratar en la misma; en el caso de la Junta universal, prevista en el artículo 178 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, decae el régimen de convocatoria.

La Junta universal queda válidamente constituida sin necesidad de previa convocatoria y para tratar cualquier asunto, siempre que esté presente o representado la totalidad del capital social y cuando los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. En este sentido, los socios deberán ponerse de acuerdo tanto para la celebración de la reunión como en lo que se refiere a los asuntos que serán

²³ PRESENCIA CRESPO, F., en *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro*, Presencia Crespo, F. (Dir), Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, pp. 23-24.

tratados en la misma, que puede ser cualquier tema que esté dentro de la competencia de la Junta general²⁴.

En cuanto a la posibilidad de impugnación de los acuerdos sociales es necesario acudir a los artículos 204 y siguientes del mencionado Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital en donde se regula la impugnación de acuerdos. Con anterioridad a la modificación por la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno corporativo*, se podía encontrar en el artículo 204 una diferenciación entre qué acuerdos se consideraban nulos (contrarios a la Ley) y cuales anulables. Actualmente, se señalan como acuerdos impugnables “*los que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”.

En el citado artículo se señala también qué acuerdos no podrán ser impugnables:

i) cuando el acuerdo se haya dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro antes de que se interponga la demanda de impugnación;

ii) cuando tenga lugar la infracción de requisitos meramente procedimentales, excluyéndose las infracciones relativas a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias, así como cualquier otra que tenga carácter relevante;

iii) por la incorrección o la insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información, salvo que se trate de información esencial;

iv) por la participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que la participación hubiese sido determinante para la constitución del órgano;

v) por la invalidez de algún voto o el cómputo erróneo de los mismos, salvo que ello hubiese sido determinante para el logro de la mayoría exigible;

La mencionada constitución de la Junta universal con una firma falsificada, en la que por lo tanto, no estaba representado la totalidad del capital social, supone un motivo de impugnación del acuerdo social, ya que este puede considerarse contrario a lo que dispone la Ley.

En atención a la caducidad de la acción de impugnación, hasta la mencionada reforma de diciembre de 2014, en los acuerdos nulos caducaba al año y en los acuerdos anulables a los cuarenta días. Actualmente, la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año (art. 205 TRLSC), sin embargo, cuando los acuerdos por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, la acción no caducará ni prescribirá. En este sentido resulta necesario considerar si el hecho en cuestión puede considerarse como contrario al orden público,

²⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil. Tomo I*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 236-237

en cuyo caso, la acción de impugnación no habrá caducado y será posible impugnar el acuerdo o si, por el contrario, no resulta contrario al orden público, y la acción de impugnación ha caducado.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 5 de diciembre de 2012 (JUR/2013/40902) citando reiterada jurisprudencia se ha expresado en los siguientes términos:

“Ahora bien, como señala la STS de 28 de noviembre de 2005 , que cita la de 19 de julio de 2007, no es fácil la fijación del concepto de orden público que, presentado como excepción a la regla de caducidad, debe ser aprehendido en sentido restrictivo, a fin de evitar que la excepción destruya la regla de caducidad, sin duda establecida para la seguridad del tráfico.

El término orden público -señala la STS de 19 de abril de 2010 - se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas - STS de 21 de febrero de 2006 -. El artículo 116 utiliza el término en un sentido más restringido y como un elemento diferenciador entre dos categorías de normas positivas, tomando en consideración sólo principios ya incorporados a ellas.

Entre las normas, que incorporan esos valores, se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario - STS de 26 de septiembre de 2007 -, que son reflejo de los principios configuradores del tipo de sociedad mercantil de que se trata (SSTS de 28 de noviembre de 2005 y 29 de noviembre de 2007).

Dentro de las cuales nos encontramos ante la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 LSA, cual es la presencia de todo el capital social (SSTS de 29 de septiembre de 2003, 30 de mayo y 19 de julio de 2007), con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados (SSTS de 19 de julio y 28 de noviembre de 2007), ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron.

Igualmente en caso de simulación de acuerdos sociales inexistentes (SSTS 18 de mayo de 2000, 21 de febrero y 26 de septiembre de 2006, 30 de mayo, 19 de julio y 29 de noviembre de 2007, 29 de octubre de 2008). Pues, como señala la precitada STS de 30 de mayo de 2007, cualquiera que sea la concepción que se tenga del orden público a estos efectos, no puede entenderse que resulte indemne a actos falsarios, que vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable, a lo que añadía que "crear la apariencia de una Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal (artículos 99 y 48 LSA art.48 EDL 1989/15265 art.99 EDL 1989/15265), afectando al orden público societario"”.

En relación a lo expresado por la jurisprudencia, la falta de concurrencia de todos los socios a la Junta universal o la simulación de la misma se puede considerar como un hecho contrario al orden público, lo que conlleva que la acción de

impugnación contra los acuerdos sociales adoptados en estas circunstancias no prescriba. Por ello, debe atenderse a lo que indica el artículo 206.2 del TRLSC respecto a quienes están legitimados para ejercitar la acción de impugnación contra los acuerdos contrarios al orden público: cualquier socio, administrador o tercero. En este supuesto, doña Nélica, que ostenta la condición de socia y administradora, podría presentar la acción de impugnación. Para la impugnación de los acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario (art. 207.1 TRLSC) y deberá ser una sentencia firme estimatoria de la impugnación la que declare la nulidad del acuerdo, sentencia que deberá inscribirse en el Registro Mercantil (art. 208.1 TRLSC).

II. Responsabilidades penales

En atención a las eventuales responsabilidades penales de don Plácido, el hecho de haber realizado un acta de una supuesta Junta universal con la firma falsificada de la otra socia, constituye un delito de falsificación de documento mercantil previsto en el artículo 392.1 del Código Penal, por cometerse por un particular, en relación con el artículo 390.1.3º, al suponer en un acto la intervención de personas que efectivamente no han intervenido. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la STS de 7 de febrero de 2006 (RJ/2006/510) al indicar lo siguiente: *“decir que se celebró una junta universal de una sociedad limitada equivale a suponer que en ese acto inventado intervinieron todos los miembros de tal sociedad. Como, por otro lado, los documentos en que se hace constar la celebración de las correspondientes juntas de las sociedades comerciales son documentos mercantiles, es claro que nos encontramos ante una correcta aplicación de las mencionadas normas del CP los citados arts. 392 y 390.1.3º”*.

El mencionado delito de falsificación está castigado con penas de prisión de seis meses a tres años y multas de seis a doce meses. Por otro lado, requiere de diferentes requisitos para poder constatarse y que los hechos sean encuadrados como tales, en relación a ello puede atenderse a lo expresado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 24 de noviembre de 2011 (ARP/2012/146):

“la falsedad en documento mercantil por particular (artículo 392 del Código Penal en relación con el artículo 390.1, 2º y 3º de igual Código) se exterioriza por medio de dos requisitos, subjetivo y objetivo. De un lado la voluntad de alterar la verdad por medio de una acción que a conciencia y con voluntad quiere trastocar la realidad, convirtiendo en verdad aparente, lo que no es, por medio de cuyo acto se ataca y se destruye la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos. Es la denominada "mutatio veritatis". De otro lado, la materialización concreta de esa verdad alterada, entendiéndose no obstante que debe rechazarse la imputación cuando la supuesta falsedad no guarda entidad suficiente para perturbar el tráfico jurídico ni idoneidad para alterar la legitimidad y la veracidad del documento, debiendo recaer por tanto, sobre extremos esenciales, no inocuos o intrascendentes. Así pues se precisa la concurrencia y voluntad de alterar la verdad, que constituye el dolo falsario, para que se logren o no los fines perseguidos, que plasmados sobre un documento dan pie a la infracción penal”.

Por otro lado, cabe apreciar la existencia de un delito societario de aprovechamiento de acuerdos lesivos previsto en el artículo 292 del Código Penal que hace referencia a *“los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por*

una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito". La concurrencia de este delito puede apreciarse por la existencia del acuerdo lesivo en el que se atribuye una retribución a Don Plácido en calidad de administrador que puede entenderse desproporcionada y que causa por lo tanto un perjuicio a la sociedad.

Además, en atención al delito societario cometido por Don Plácido, debe aludirse a que el artículo señalado indica que el acuerdo lesivo se haya adoptado por una mayoría ficticia causada por "*cualquier otro medio o procedimiento semejante*" abriendo entonces la posibilidad a que la falsificación de la firma para simular la constitución de la Junta universal pueda considerarse encuadrada como medio para realizar el hecho descrito.

El delito societario será apreciado en concurso real con el delito de falsedad en documento mercantil debido al apunte final que el artículo 292 del Código Penal indica señalando "*sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito*".

III. Conclusiones

Para concluir puede destacarse que el acuerdo social mediante el que se acordó la retribución de don Plácido como administrador puede ser impugnado por la socia y administradora, así como por un tercero. La acción de impugnación podrá ejercitarse sin límite temporal alguno ya que, debido a las condiciones del acuerdo, puede considerarse contrario al orden público y, por lo tanto, la mencionada acción no caduca.

En atención a las eventuales responsabilidades penales de Don Plácido cabe indicar que este puede considerarse autor de un delito de falsificación de documento mercantil (art. 392.1 CP en relación con el art. 390.1.3º CP) por suponer mediante la falsificación de una firma que Doña Nélica intervino en una Junta universal. Este delito será apreciado en concurso real con un delito societario de aprovechamiento de un acuerdo lesivo previsto en el artículo 292 del Código Penal por la adopción de un acuerdo que causa un perjuicio para la sociedad y aprovechándose de un beneficio para sí mismo.

2.6 Cuando la situación se vuelve insostenible para los trabajadores, todos ellos abandonan sin preaviso la sociedad y abren en una semana una nueva agencia de viajes en la misma localidad. Inmediatamente, contactan por correo electrónico con los trescientos clientes fijos de Augusta Nerea, S.A., advirtiéndoles de la crítica situación económica de la sociedad que abandonan y ofreciéndoles sus servicios.

Dictamine sobre la posibilidad de que Augusta Nerea, S.A. ejercite acciones contra sus antiguos trabajadores.

I. Abandono sin preaviso

La Sección 4 del Capítulo III del *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, regula la extinción del contrato en los artículos 49 y siguientes. En concreto el artículo 50 del mencionado texto legal hace referencia a la extinción del contrato por voluntad del trabajador indicando cuales son las causas justificadas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo y tener derecho a las indemnizaciones por despido improcedente, señalando en el apartado 1.b) “*la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado*”. Ante este enunciado, si el impago de los salarios de los trabajadores el último mes hubiese continuado en meses posteriores, los trabajadores podrían haber solicitado la extinción del contrato alegando dichos hechos como causa justificada.

Sin embargo, se desconoce si el impago de los salarios se ha prolongado durante más meses y se indica que los trabajadores han abandonado sin preaviso la sociedad. En relación a los supuestos de abandono, se trata de una conducta que debe dejar clara la intención del trabajador, la Sentencia del TSJ de Andalucía, Málaga, de 14 de julio de 2010 (JUR/2010/236240) lo expresa en los términos siguientes: “*el llamado abandono (mencionado en la vieja Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (RCL 1944\274 y NDL 7232), art. 81; y tangencialmente en el ET , art. 21.4 a propósito de los pactos de permanencia), materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión; sino que, y éste sería el significado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato*”.

Por otro lado es necesario diferenciar tal conducta de los supuestos sancionables de inasistencia al trabajo o de otros casos que puedan presentar similitudes, la Sentencia del TSJ de Andalucía, de 12 de mayo de 2011 (JUR/2013/241667) hace referencia a ello indicando lo siguiente:

“El abandono, como supuesto fáctico de extinción del contrato de trabajo sin preaviso ni causa se caracteriza porque el trabajador resuelve el contrato sin alegar causa alguna, ni probar una bastante «a posteriori», en su caso, ni preavisar en los casos en que el preaviso sustituiría a la causa. Se trata utilizando la terminología del Estatuto de los Trabajadores, a lo que la jurisprudencia tiende de una dimisión tácita. Este puede ocurrir mediante declaración expresa, seguida de conducta inequívoca o sólo mediante esta conducta de manera que la conducta se erige como cuestión esencial pues se podrá predicar su existencia cuando el abandono sea revelador de propósito deliberado de dar por terminado el contrato, esto es, que en el ánimo del trabajador, se

vislumbra no una mera voluntad de incumplimiento de un deber contractual, sino la más exacta y entera de dejar de cumplir el contrato en sí mismo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido proclamando respecto al abandono que: a) es un acto voluntario por lo que quedan excluidas conductas de incomparecencia ajenas a la voluntad del trabajador (detención, prisión, etc.); b) que la voluntad relevante es la que el trabajador tiene en el momento de abandonar de manera que la retractación es irrelevante si el abandono ya se ha producido; c) que la ausencia al trabajo sin otra indicación no constituye abandono por no ser dicho dato inequívoco de la voluntad resolutoria aunque una ausencia sine die y sin aviso ni justificación durante un período de tiempo prolongado se erige como supuesto de presunción en favor del abandono; d) que si ha existido abandono el empresario no tiene necesidad de despedir y, e) que la desobediencia a una orden empresarial no es abandono salvo que sea seguida de actos reveladores de obstinada actitud de no presentarse”.

En atención a lo indicado anteriormente, el artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores hace alusión a que el contrato de trabajo se extinguirá *“por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar”*. De ello se desprende la necesidad de acudir al Convenio Colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes 2012-2014 en cuyo artículo 20, en atención a las Dimisiones, se enuncia lo siguiente:

“Las dimisiones de personal, una vez superado el período de prueba, deberán comunicarse por escrito a la empresa con al menos quince días de antelación. Si no se realizase este preaviso, los interesados/as perderán un día de salario por cada día de defecto.

En los contratos de duración inferior al año, este preaviso será de al menos diez días.

En los niveles ocho, nueve y diez este preaviso será de un mes, salvo que el contrato tenga una duración inferior al año, en cuyo supuesto será de al menos quince días”.

El Convenio Colectivo de agencias de viajes (2012-2014) pone de manifiesto la forma en la que la entidad deberá liquidar a los trabajadores que abandonen el trabajo sin el suficiente preaviso, pudiendo descontar un día de salario por cada día de defecto. Como precisión de lo expuesto y ante un Convenio Colectivo que se expresaba en términos similares la Sentencia del TSJ de Murcia de 16 de julio de 2012 (JUR/2012/275377) hace referencia a las consecuencias que conllevan la falta de preaviso: *“la expresión “dará derecho a la empresa a descontar de la liquidación del mismo el importe del salario de un día por cada día de retraso en el aviso”, no supone que el descuento que se ha de practicar por la empresa tenga como límite el importe de la liquidación, pues el descuento puede abarcar tanto días como el trabajador se haya retrasado en el aviso, y ello puede provocar, como en este caso, que estemos ante una cantidad negativa en la liquidación, o lo que es lo mismo, que el trabajador resulte deudor de la empresa”.*

El cese voluntario por parte de los trabajadores también presenta otra consecuencia para ellos que aparece recogida en el *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la*

Seguridad Social en cuyo artículo 208.2.1 indica que no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores “*cuando cesen voluntariamente en el trabajo, salvo lo previsto en el apartado 1.1.e) de este artículo*”; queriendo hacer referencia en tal sentido a la resolución voluntaria por parte del trabajador prevista en los artículos 40, 41.3, 49.1.m) y 50 del Estatuto de los Trabajadores, que se corresponden con los supuestos de movilidad geográfica, decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual, decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo por ser víctima de la violencia de género y extinción del contrato por causas justificadas por voluntad del trabajador. Los trabajadores abandonaron la empresa sin preaviso, situación que no se ajusta a ninguna de las mencionadas anteriormente, y que, por lo tanto, se refiere a un cese voluntario en el trabajo que tendrá como consecuencia que los mencionados trabajadores no puedan considerarse en una situación legal de desempleo.

II. Competencia y contacto con antiguos clientes

Los artículos 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores establecen un listado genérico y abierto de derechos y deberes básicos de los trabajadores, conformando un catálogo de directa aplicación que además es desarrollado en otros artículos del mencionado Estatuto o en la legislación laboral.

En atención a la concurrencia desleal, el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores indica que el trabajador no debe concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados por la Ley. Concretamente el artículo 21.2 regula el pacto de no competencia para después de la extinción del contrato de trabajo, indicando que la duración no podrá ser superior a dos años para los técnicos y de seis meses para el resto de trabajadores y únicamente será válido si concurren dos requisitos: un efectivo interés comercial o industrial por parte del empresario y que satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada²⁵.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1999 (RJ/1999/7323) defiende el principio constitucional de libertad de empresa en los siguientes términos: *"la sociedad demandante no puede impedir a un empleado suyo... que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado...; tampoco puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya; por último, no puede evitar que aquel empleado pase a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa"*. La no existencia de un pacto de no competencia hace necesario valorar si la conducta llevada a cabo por los trabajadores es constitutiva de alguna de las infracciones reguladas en la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*, la cual dispone en su cláusula general que *"se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe"* (art. 4.1 LCD).

En alusión a la cláusula general la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2012 (JUR/2012/312961) indica lo siguiente: *"una de las manifestaciones subsumibles en esta cláusula general prohibitiva son los denominados actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, supuestos de utilización de prestaciones o resultados alcanzados por un tercero sin su consentimiento que no se encuentran protegidos por un derecho de exclusiva. Dentro de*

²⁵ CANO MARCO, F., *Manual práctico de Derecho laboral concursal*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 321-329

ese género suelen contemplarse los actos tendentes a la captación de clientela ajena, bien que en la inteligencia de que esa conducta, per se, no es ilícita (antes al contrario, es bienvenida en un sistema de competencia económica). [...]

Si esa misma conducta (la captación de la clientela) es desarrollada una vez se ha producido la desvinculación de la empresa para la que se venían prestando los servicios, las circunstancias son diferentes, pues entonces nos hallamos ante un competidor independiente que pugna con los demás por la clientela del sector, en el contexto propio y deseable del sistema de libre competencia. En tal situación la conducta de captación de la clientela ajena se tipifica, especialmente, en el artículo 14 LCD”.

En referencia al contacto con antiguos clientes una vez abandonada la empresa debe hacerse alusión a lo que dispone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 21 marzo de 2005 (JUR/2005/103284): *“si bien por regla general la obtención de un cliente por parte de una empresa implica la pérdida de ese mismo cliente para otra que, por ello –de forma genérica– sufre un perjuicio, esta concurrencia y competencia está permitida siempre que se realice con medios leales, sancionándose en otro caso la competencia como desleal cuando la captación de clientes se realiza mediante maniobras, maquinaciones o medios que la conciencia social y la Ley reprueban como contrarios a la moral comercial”.*

Por otro lado, el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal incide en la violación de secretos indicando que *“se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente”.* En atención a ello, cabe preguntarse si la utilización del listado de clientes podría constituir un acto de explotación de secretos empresariales. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 9 de febrero de 2011 (JUR/2011/304797) haciendo referencia al Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, dispone lo siguiente:

“A falta de un concepto legal de secreto empresarial que permita deslindar en cada caso si concurre o no el referido tipo, se ha de acudir al artículo 39 del ADPIC, según el cual la información debe reunir los siguientes caracteres: 1º.- Que sea secreta, en cuanto no sea conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información; 2º.- Que tenga un valor comercial --o competitivo-- por ser secreta; y 3º.- Que haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias concurrentes, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”.

En lo que se refiere a los listados de clientes, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 16 de noviembre de 2006 (JUR/2012/312961) y haciendo alusión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo indica que: *“no constituye secreto profesional la información de la actora sobre sus clientes, direcciones y precios aplicados; apuntando que estos últimos son conocidos en el mercado por quien contrata con la empresa y por quien opera en dicho tráfico; criterio que ya fue mantenido al señalar que la lista de clientes de una entidad bancaria, o de cualquier otra entidad empresarial, es accesible a todo el personal directivo, negándole la consideración de secreto empresarial”.*

En un sentido diferente el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal se refiere a la inducción de la infracción contractual considerando desleal la inducción a clientes a infringir los deberes contractuales básicos que hayan contraído con los competidores. Sin embargo, el apartado 2 del mencionado artículo señala que *“la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas”*.

Si se tiene en cuenta lo anteriormente dispuesto no puede considerarse que el listado de clientes y la dirección de correo electrónico de los mismos suponga un secreto empresarial, además, tratándose de todos los trabajadores de la sociedad Augusta Nerea, S.A. han podido tener acceso legítimamente a dicha información y no hay constancia de que existiese un deber de reserva sobre la misma. Tampoco puede considerarse que se indujese a los clientes a infringir sus deberes contractuales básicos o que se utilizase engaño, ya que, los trabajadores únicamente ofrecen sus servicios y advierten de la crítica situación económica de la sociedad que han abandonado, hecho que ya podría ser conocido por sus clientes al encontrarse la empresa en situación de concurso.

III. Conclusiones

En conclusión, en referencia al abandono sin preaviso de la sociedad por parte de los trabajadores tiene como consecuencia que estos perderán un día de salario por cada día de defecto en el preaviso, como dispone el Convenio Colectivo de Agencias de Viajes (2012-2014). Además, el cese voluntario por parte de los trabajadores conllevará que estos no sean considerados en situación legal de desempleo (art. 208.2.1 TRLGSS).

En referencia a la constitución de una sociedad con el mismo objeto social y el contacto con los antiguos clientes de Augusta Nerea, S.A., no puede apreciarse que estos hechos sean constitutivos de una conducta desleal, como dispone reiterada jurisprudencia, bien porque no se puede observar objetivamente una conducta contraria a la buena fe, bien porque los actos no han supuesto una explotación de secretos empresariales por no considerarse el listado de clientes como tal y no han llevado a cabo engaño alguno cuando comunican que la empresa se encuentra en una situación económica complicada.

3. Bibliografía

CANO MARCO, F., *Manual práctico de Derecho laboral concursal*, La Ley, Madrid, 2014

COLINO MEDIAVILLA, J.L., en *Cuestiones actuales sobre Derecho Concursal: Responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, RUIZ DE IZA, P. y BARBER MARREIRO, L. (Directores), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014

GARCÍA-CRUCES, J.A., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, Bosch, Barcelona, 2013

IGLESIAS PRADA, J.L., Y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., en *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, MENÉNDEZ, A. Y ROJO, A. (Directores), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014

NIETO DELGADO, C., en *Cuestiones actuales sobre Derecho Concursal: Responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, RUIZ DE IZA, P. y BARBER MARREIRO, L. (Directores), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014

PRESENCIA CRESPO, F., en *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro*, Presencia Crespo, F. (Director), Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007

ROJO, A., en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Directores), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014

ROJO, A. y BELTRÁN, E., en *Lecciones de Derecho Mercantil. El Derecho Concursal*, MENÉNDEZ, A. Y ROJO, A., (Directores), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012

ROJO, A. y BELTRÁN, E., en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Directores), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 585

SÁNCHEZ-CALERO, J., en *Cuestiones actuales sobre Derecho Concursal: Responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, RUIZ DE IZA, P. y BARBER MARREIRO, L. (Directores), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014

SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil. Tomo I*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014

SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil. Tomo II*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014

SÁNCHEZ RUÍZ, M., en *Derecho Mercantil de contratos. Derecho concursal*, ALONSO ESPINOSA, F-J., SÁNCHEZ RUÍZ, M., y VERDÚ CAÑETE, M-J. (Directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

VALPUESTA GASTAMINZA, E., en *Derecho Mercantil II*, VALPUESTA GASTAMINZA, E., TORRUBIA CHALMETA, B. y LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C. (Directores), Huygens, Barcelona, 2014

VERDÚ CAÑETE, M.-J., en *Derecho Mercantil de contratos. Derecho concursal*, ALONSO ESPINOSA, F-J., SÁNCHEZ RUÍZ, M., y VERDÚ CAÑETE, M-J. (Directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

4. Apéndice jurisprudencial²⁶

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 11 de octubre de 1999 (RJ/1999/7323)
- STS de 7 de febrero de 2006 (RJ/2006/510)
- STS de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011/7399)
- STS de 26 de octubre de 2012 (RJ/2012/10415)
- STS de 15 de octubre de 2013 (RJ/2013/7253)
- STS de 1 de abril del 2014 (RJ/2014/2159)

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Andalucía, Málaga, de 14 de julio de 2010 (JUR/2010/236240)
- STSJ de Andalucía, de 12 de mayo de 2011 (JUR/2013/241667)
- STSJ de Murcia de 16 de julio de 2012 (JUR/2012/275377)

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 marzo de 2005 (JUR/2005/103284)
- SAP de Guadalajara de 16 de noviembre de 2006 (JUR/2012/312961)
- SAP de Barcelona de 27 de enero de 2011 (JUR/2011/182591)
- SAP de Vizcaya de 9 de febrero de 2011 (JUR/2011/304797)
- SAP de Jaén de 24 de noviembre de 2011 (ARP/2012/146)
- SAP de Barcelona de 18 de junio de 2012 (JUR/2012/312961)
- SAP de A Coruña de 5 de diciembre de 2012 (JUR/2013/40902)
- SAP de Burgos de 20 de noviembre de 2013 (JUR/2013/371401)
- SAP de A Coruña de 9 de diciembre de 2013 (AC/2013/2296)

²⁶ Las referencias citadas entre paréntesis pertenecen a la base de datos Aranzadi

- SAP de Islas Baleares de 13 de diciembre de 2013 (AC/2013/2370)
- SAP de Barcelona de 4 de junio de 2014 (JUR/2014/227648)

Sentencias de Juzgados de lo Mercantil

- SJM de Málaga de 3 de octubre de 2008 (JUR 2009/80429)

Autos de Juzgados de lo Mercantil

- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 13 de abril de 2007 (AC/2008/3)

5. Apéndice normativo

Ley Orgánica

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
- Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización
- Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno corporativo

Real Decreto Ley

- Real Decreto Ley 10/2008 de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias
- Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal
- Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial
- Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

Real Decreto Legislativo

- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Convenio Colectivo

- Convenio Colectivo para el sector de agencias de viajes para el periodo 2012 - 2014, suscrito el 25 de junio de 2013