



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de  
Fin de Grado

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

José Antonio Blanco Moa

Tutor: Gonzalo Barrio García

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

Año 2015

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

Trabajo de Fin de Grado de:

José Antonio Blanco Moa

Firma del Tutor:

Gonzalo Barrio García  
Universidade da Coruña

A Coruña, 12 de febrero de 2015

# Índice:

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>6</b>
<b>SUPUESTO DE HECHO .....</b>	<b>7</b>
<b>1. ALTERNATIVAS A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.....</b>	<b>9</b>
1.1 INTRODUCCIÓN .....	9
1.2 COMUNICACIÓN DE NEGOCIACIONES EN ACUERDOS EXTRAJUDICIALES Y DE REFINANCIACIÓN .....	9
1.3 ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS .....	11
1.3.1 INTRODUCCIÓN .....	11
1.3.2 REQUISITOS DE SOLICITUD.....	11
1.3.3 PROCEDIMIENTO PARA ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS .....	13
1.3.4 EFECTOS .....	14
1.3.4.1 EFECTOS PARA EL DEUDOR .....	14
1.3.4.2 EFECTOS PARA LOS ACREEDORES.....	14
1.4 ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.....	16
1.4.1 INTRODUCCIÓN .....	16
1.4.2 ACUERDO DE REFINANCIACIÓN ORDINARIO .....	16
1.4.2.1 ACUERDO DE REFINANCIACIÓN COLECTIVO .....	16
1.4.2.2 ACUERDO DE REFINANCIACIÓN NO COLECTIVO .....	17
1.4.3 ACUERDO DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADO.....	18
1.5 OTRAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN.....	20
1.6 CONCLUSIONES .....	21
<b>2. DESBALANCE ENTRE PATRIMONIO NETO Y CAPITAL SOCIAL</b>	<b>22</b>
2.1 INTRODUCCIÓN .....	22
2.2 PATRIMONIO NETO Y CAPITAL SOCIAL.....	22
2.3 PRESUPUESTOS DE DECLARACIÓN DE CONCURSO Y DESBALANCE PATRIMONIAL .....	23
2.4 CONCLUSIONES .....	25

<b>3. CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS DE DON PLÁCIDO Y DOÑA NÉLIDA.....</b>	<b>26</b>
3.1 INTRODUCCIÓN .....	26
3.2 CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS EN CASO DE CONCURSO..	26
3.3. CONCLUSIONES .....	28
<b>4. ACCIONES DE REINTEGRACIÓN .....</b>	<b>29</b>
4.1 INTRODUCCIÓN .....	29
4.2 PERTINENCIA DE LA ACCIÓN .....	29
4.3 CONCLUSIONES .....	31
<b>5. IMPUGNACIÓN DE ACUERDO Y EVENTUALES RESPONSABILIDADES PENALES .....</b>	<b>32</b>
5.1 INTRODUCCIÓN .....	32
5.2 IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO SOCIAL.....	32
5.2.1 ACUERDOS NULOS Y ACUERDOS ANULABLES .....	32
5.2.2 PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS .....	34
5.3 RESPONSABILIDADES PENALES .....	35
5.3.1 ACUERDO LESIVO ADOPTADO POR MAYORÍA FICTICIA ...	35
5.3.2 ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	36
5.3.3 FALSEDAD DOCUMENTAL.....	37
5.3.3 QUIEBRA FRADULENTA .....	38
5.4 CONCLUSIONES .....	38
<b>6. ABANDONO DE TRABAJADORES PARA CREACIÓN DE UNA NUEVA EMPRESA .....</b>	<b>40</b>
6.1 INTRODUCCIÓN .....	40
6.2 ACTOS EN EL MARCO DE RELACIÓN LABORAL .....	40
6.3 ABANDONO DE LA EMPRESA.....	41
6.4 CREACIÓN DE NUEVA EMPRESA Y CAPTACIÓN DE CLIENTES DE LA ANTERIOR .....	42
6.5 CONCLUSIONES .....	46
<b>FUENTES .....</b>	<b>47</b>
<b>JURISPRUDENCIALES .....</b>	<b>47</b>

<b>LEGISLATIVAS.....</b>	<b>48</b>
<b>BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>49</b>

## ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
LCD	Ley de Competencia Desleal
LC	Ley Concursal
LSC	Ley de Sociedades de Capital
RD	Real Decreto
S.A.	Sociedad Anónima
S.L.	Sociedad Limitada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
€	Euros

## **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.

### **Cuestiones**

1. Analice las diversas alternativas que la sociedad tiene para evitar la declaración de concurso.

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

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

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.

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 Nérida 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.

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.

# 1. ALTERNATIVAS A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

## 1.1 INTRODUCCIÓN

El concurso de acreedores es una figura nacida para los casos en los que un deudor se convierta en insolvente. Aparece por razones de la más elemental justicia ya que, de lo contrario, unos deudores (los mejor informados o los más preparados) podrían ver cobrados íntegros sus créditos mientras que otros no cobrar absolutamente nada. Dicha figura está regulada en la Ley 22/2003 de 9 de julio, LC.

No obstante, el concurso de acreedores es un procedimiento en el cual en muchas ocasiones, debido a la situación en exceso precaria de algunos deudores la mayoría de los acreedores quedan sin cobrar. A su vez, también tiene costes sociales ya que suele acabar en la liquidación de las empresas. Es por ello que existen determinadas soluciones alternativas al concurso de acreedores en la fase preconcursal o anterior a la declaración del mismo. Estas serán estudiadas en líneas sucesivas en relación al caso que se nos presenta y son:

-Acuerdo extrajudicial de pagos.

-Acuerdos de refinanciación, en los que se debe distinguir entre acuerdos ordinarios y homologados.

-Otras soluciones alternativas al concurso: Aquí se engloban soluciones que no están previstas expresamente para el caso de concurso de acreedores pero que sirven como alternativas. Se está hablando básicamente de modificaciones estructurales<sup>1</sup>.

No obstante, por ser las dos primeras las soluciones más naturales que recoge la propia LC se hablará en primer lugar de algo común a ambas: La comunicación al juzgado de que se están llevando a cabo negociaciones para llegar a alguno de estos acuerdos y sus efectos al amparo del artículo 5 *bis* LC.

## 1.2 COMUNICACIÓN DE NEGOCIACIONES EN ACUERDOS EXTRAJUDICIALES Y DE REFINANCIACIÓN

La comunicación al juzgado de que se están llevando a cabo negociaciones para evitar el concurso se estudiará conjuntamente para el caso del acuerdo extrajudicial de pagos y los acuerdos de refinanciación dado que la LC prevé para ambos casos el mismo procedimiento y efectos. No obstante, se excluye aquí la comunicación de acuerdos de refinanciación ordinarios no colectivos o singulares, de los cuales se hablará más adelante.

Así, siguiendo el artículo 5 *bis* LC, Augusta Nerea S.A, de interesarse por alguna de estas soluciones alternativas al concurso, debería poner en conocimiento del juzgado

---

<sup>1</sup> ROJO, A./ BELTRÁN, E., “Regulación jurídica de la insolvencia: La legislación concursal”, en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. [Dir.], *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, Civitas, Thomson Reuters, 2013, pp. 487-494.

de lo mercantil de la Coruña, que sería el competente para conocer del caso, que se han iniciado negociaciones para alcanzar alguno de estos acuerdos. Esta comunicación se podrá solicitar que tenga carácter reservado. El plazo para la misma será de dos meses desde que Augusta Nerea S.A. conociera o debiera conocer su situación de insolvencia. Esta se presume cuando concurren las circunstancias del artículo 2.4 LC de los que se habló ya en el apartado 1.1. (las que afectan a Augusta Nerea, claro). No obstante, se puede interpretar que de la literalidad del artículo se desprende que aunque no se den los requisitos del artículo 2.4 LC, esto es, que se esté en un momento previo como es el caso, también se pueden realizar estos acuerdos.

La citada comunicación la deberá hacer la propia Augusta Nerea S.A. para el caso de un acuerdo de refinanciación. Mientras, en el supuesto de querer alcanzar un Acuerdo Extrajudicial de Pagos será el registrador mercantil quien la haga.

Los efectos de la comunicación son, en primer lugar, la inadmisión de solicitudes de concurso. Esto se debe a la previsión del artículo 15.3 LC en el que se expresa que:

*Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal.*

A su vez, tampoco será necesario solicitar el concurso voluntario (artículo 5 bis.2). Con todo, si transcurridos tres meses de la negociación no se alcanza ningún acuerdo sería necesario solicitar la declaración de concurso (de existir el presupuesto objetivo del mismo, obviamente).

Otro efecto de la comunicación, recogido en el artículo 5 bis.2, es la imposibilidad de iniciar ejecuciones y la suspensión de las que están en trámite referentes a bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la empresa estudiada. Este efecto se da desde la comunicación hasta “que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial” (artículo 5 bis.4). No obstante, esto no afecta a los acreedores con garantía real, que pueden iniciar ejecuciones sobre los bienes en los que recaiga la garantía. Aunque, una vez iniciadas, las mismas pueden ser paralizadas durante el plazo expuesto.

Finalmente, el mismo artículo 5 bis también se refiere a acreedores titulares de deuda financiera, excluyendo aquellos cuyo derecho venga de operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. Así el precepto les impide el inicio de ejecuciones singulares y paraliza las que se estén llevando a cabo, siempre que un cincuenta y uno por ciento hayan aprobado expresamente el inicio de las negociaciones.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> ROJO, A., “El derecho preconcursal”, en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. [Dir.] *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, Civitas, Thomson Reuters, 2014, pp. 589-592.

## 1.3 ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

### 1.3.1 INTRODUCCIÓN

El acuerdo extrajudicial de pagos es una figura nacida en la reforma de la LC llevada a cabo por la Ley 14/2013, incluyéndola en un nuevo Título X de la LC. Aunque también otros preceptos de la LC como el artículo 5 *bis* se refieren a esta novedad legislativa. Esta medida se introdujo con el objeto de funcionar como herramienta jurídica para evitar el concurso de acreedores. Tiene su ámbito de aplicación, pues, en fase preconcursal. A continuación, se explicará quién y en qué caso puede solicitar esta medida, el procedimiento a seguir y los efectos de la misma, centrándonos en los puntos que pueden afectar a nuestro caso.

### 1.3.2 REQUISITOS DE SOLICITUD

El artículo 231 LC recoge los requisitos o presupuestos exigidos para poder acogerse a esta innovadora medida. Estos se pueden dividir en:

-Requisitos subjetivos: Nos dice el precepto citado en su punto primero que podrá iniciar el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos “el empresario persona natural” entendiéndose por tales “no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.” No obstante, en el supuesto analizado no se presenta el supuesto de empresario persona natural. Lo que el caso muestra es a una persona jurídica, la sociedad Augusta Nerea S.A. La misma también puede subjetivamente acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos ya que el punto segundo del citado artículo 231 prevé que “también podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital”.

-Requisitos objetivos: En este caso la LC, en el mismo artículo 231, hace diferencias en base a la clasificación subjetiva realizada anteriormente. Así, para el caso de las personas jurídicas, que es el que nos atinge, se requiere que:

“a) Se encuentren en estado de insolvencia.” La insolvencia es definida en el artículo 2.2 LC. En él se dice que “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. No obstante, en el artículo 2.3 de la LC habla de la insolvencia inminente cuando sea el deudor el que presenta la solicitud. En el acuerdo extrajudicial de pagos no aclara a cual se refiere, pero parece lógico entender que la insolvencia inminente también entraría dentro. De no ser así, Augusta Nerea S.A. no podría acogerse a esta medida dado que, como se explicó, no está aún en insolvencia técnicamente.

“b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley.” Si nos remitimos a dicho artículo 190 este es claro con los requisitos para considerar que no revista especial complejidad. Estos son: La inexistencia de más de 50 acreedores, que la valoración inicial del pasivo no supere los 5 millones de euros y que la valoración de bienes y derechos no supere tampoco esa misma cantidad. Respecto a esto, en las conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre cuestiones

concursoales de 11 de octubre de 2013 se entendió que basta con que se cumpla uno solo de los supuestos del artículo 190 LC<sup>3</sup>. En el caso analizado no existen datos para comprobar el cumplimiento de estos requisitos pero supondremos que sí se cumplen con el objeto de profundizar más en el tema del acuerdo extrajudicial de pagos.

“c) Que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.” Aquí, de nuevo, no existen datos suficientes en el caso para saber si efectivamente este requisito es cumplido, por lo que de nuevo nos pondremos en el supuesto de que así sea.

“d) Que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago en los términos que se recogen en el apartado 1 del artículo 236.” Dirigiéndonos a dicho artículo se aprecia que en este plan de pagos “la espera o moratoria no podrá superar los tres años y [...] la quita o condonación no podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos.” A su vez, el mismo debe contener un plan de viabilidad, una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones y una propuesta de la negociación de los créditos y préstamos. En este punto, Augusta Nerea S.A. puede basar su plan de viabilidad en el nuevo producto que ofertará, el cual podría permitir la continuidad de su actividad a corto y medio plazo.

Finalmente, la propia LC en el artículo 231 delimita negativamente quién no podrá realizar el acuerdo extrajudicial de pagos al decir que:

*3. No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial:*

*1.º Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.*

*2.º Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación.*

*3.º Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.*

*4.º Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.*

*4. No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.*

*5. Tampoco será posible iniciar el acuerdo extrajudicial si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso. Los créditos de derecho público no podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial.*

*Los créditos con garantía real únicamente podrán incorporarse al acuerdo extrajudicial y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que*

---

<sup>3</sup> SÁNCHEZ MAGRO, A., “Acuerdo extrajudicial de pagos”, en PRENDES CARRIL, P./ PONS ALBENTOSA, L., [Dir.], *Practicum concursal*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2014 pp. 925-927.

*ostentan su titularidad, mediante la comunicación expresa prevista por el apartado 4 del artículo 234.*

*No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras.*

Aquí de nuevo no hay datos que nos permitan conocer si nos encuadramos en alguno de estos supuestos por lo que se explicará el procedimiento para llevar a cabo el acuerdo extrajudicial de pagos suponiendo que en nuestro caso sí se podría llevar a cabo.

### 1.3.3 PROCEDIMIENTO PARA ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Analizando brevemente el procedimiento a seguir en el acuerdo extrajudicial de pagos, este, según el artículo 232 LC, se iniciaría, para el caso de Augusta Nerea S.A. con la solicitud por parte del órgano de administración del nombramiento de un mediador concursal en el Registro Mercantil de su domicilio; esto es, en A Coruña. Que se pueda hacer a través del órgano de representación como es el de administración (también podría el liquidador) implica que no es necesario ningún acuerdo de la junta. Esta solicitud, nos indica el artículo que

*Se hará mediante instancia suscrita por el deudor, en la que el deudor hará constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos.*

El mediador concursal será escogido de entre el listado oficial existente en el portal correspondiente del BOE que es aportado por el Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, debiendo cumplir con las condiciones exigidas por la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (artículo 233 LC). A su vez, deberá ser abogado, economista o auditor con al menos cinco años de experiencia profesional efectiva<sup>4</sup>.

Tras aceptar el cargo, expresa el artículo 235 LC:

*El mediador concursal comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor, siempre que puedan resultar afectados por el acuerdo, a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. Se excluirá en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público.*

Esta reunión tiene por óbice el alcanzar un plan de pagos. Este deberá ser remitido a los acreedores por el mediador concursal. Además, no podrá contener esperas superiores a tres años ni quitas o condonaciones de deudas por encima del 25%. Dicho plan de pagos tendrá que ir acompañado necesariamente de un plan de viabilidad, una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones y un plan de empresa. Si

---

<sup>4</sup> ARROYO, I./ MORRAL, R., *Teoría y práctica del derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 44-45.

los acreedores rechazan continuar las negociaciones, el mediador concursal necesariamente ha de declarar el concurso de acreedores (artículo 236 LC). Por otra banda, el artículo 238 nos informa de que este plan de pagos necesitará para su aprobación el voto favorable de los acreedores que representen un 60% del pasivo o el 75% si el plan incluyera daciones en pago. Cabe añadir que los acreedores están obligados a ir a la reunión salvo que se hubiesen pronunciado con anterioridad respecto al plan de pagos. De no hacerlo, sus créditos se convertirían en subordinados en un hipotético concurso posterior. Además, durante la reunión tanto el plan de pagos como el de viabilidad podrán ser modificados (artículo 237 LC). Finalmente, de llegarse a un realizar el acuerdo extrajudicial de pagos, este será elevado a escritura pública y, en nuestro caso por ser una persona jurídica, se inscribirá en el Registro Mercantil. También es necesario que el acuerdo se publique en el Boletín Oficial del Estado y en el registro público concursal.

### 1.3.4 EFECTOS

#### 1.3.4.1 EFECTOS PARA EL DEUDOR

El artículo 235.1 permite a los deudores continuar su actividad laboral, empresarial o profesional, pero les impone una serie de restricciones que, ciertamente, podrían dificultar esto. Estas son:

-Abstenerse de solicitar la concesión de nuevos créditos o préstamos: Aquí algunos autores<sup>5</sup> consideran que el que los proveedores concedan períodos de pago se asimila a estas operaciones por lo que entra dentro de la restricción.

-Devolución a la entidad de las tarjetas de crédito de las que sea titular.

-Prohibición de utilización de medios electrónicos de pago: Esto también entorpecería mucho la actividad de una empresa al no poder aceptar medios de pago como la transferencia bancaria, que es de los más habituales actualmente.

No obstante, debido a que el acuerdo extrajudicial de pagos es una medida de muy reciente creación, todavía planea la duda de si estas restricciones se pueden eliminar tras la aceptación del cargo del mediador concursal.

#### 1.3.4.2 EFECTOS PARA LOS ACREEDORES

En este caso existen diferencias según se trate de acreedores de créditos sin garantía real, acreedores con garantía real y de derecho público.

Los acreedores sin garantía real no podrán iniciar ni continuar ninguna ejecución por un plazo máximo de tres meses, mientras se negocia el acuerdo (artículo 235.2 LC). De hecho, no solo durante la negociación, sino que durante todo el acuerdo extrajudicial

---

<sup>5</sup> SÁNCHEZ MAGRO, A., “Acuerdo extrajudicial de pagos”, en PRENDES CARRIL, P./ PONS ALBENTOSA, L., [Dir.], *Practicum concursal*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2014 p. 946.

de pagos estos acreedores no podrán realizar ejecuciones contra el deudor. Esto es así en tanto que de llegar al acuerdo dispone el artículo 240.1 LC:

*Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. El deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado.*

A su vez, en caso de no alcanzarse dicho acuerdo extrajudicial de pagos el mediador concursal tiene la obligación de declarar el concurso, en donde las ejecuciones singulares también se ven paralizadas en virtud del artículo 55.1 LC. No obstante, se recoge en el auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de 24 de enero de 2014 (AC/2014/205) que:

*Para poder conseguir este efecto de suspensión de las ejecuciones, excepto aquellas que disfruten de garantía real, es necesario que se publique el inicio del expediente extrajudicial y, para que se produzca la publicación, es necesario que se designe mediador por el notario y que éste acepte el cargo.*

*Por lo tanto si no hay designado mediador no pueden desenvolverse ninguno de los efectos que permitirían al deudor alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos.*

Con todo, en el mismo auto se añade que en situaciones excepcionales sí se podrían anticipar medidas de protección debido a que:

*Ciertamente el deudor podría solicitar el concurso voluntario y con ello activar los mecanismos de protección de su patrimonio previstos en el artículo 55 y 56 de la Ley Concursal, pero esa opción frustraría el objetivo de la reforma de la Ley Concursal de canalizar por medio de instrumentos extrajudiciales de pago los procedimientos de insolvencia de empresarios y emprendedores; por otra parte privaría al deudor de los beneficios previstos en el nuevo título X de la Ley Concursal.*

Esto no sucede así con los acreedores con garantía real y los de derecho público. Los primeros pueden verse exonerados de la prohibición del artículo 235.2 LC si así lo desean y practicar la ejecución singular. No obstante, esto tiene como consecuencia el impedimento para participar en el acuerdo extrajudicial de pagos. Por su parte, los acreedores de derecho público, como se recogió anteriormente, no ven sus créditos afectados por el acuerdo.

Otros efectos sobre los acreedores aparecen recogidos también en el artículo 235 LC en el cual se expresa que:

*3. Desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común. [...]*

*5. El acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción del crédito podrá ejercitarla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido. En la ejecución de la garantía, los garantes no podrán invocar la solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante.*

A su vez también se produce la novación de los créditos afectados por el acuerdo debido a que varía su plazo de vencimiento al ser aplazados y también pueden variar en

otros puntos. Incluso, en el caso de que se pacte la dación en pago, los créditos quedarán extinguidos<sup>6</sup>.

## 1.4 ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

### 1.4.1 INTRODUCCIÓN

Los acuerdos de refinanciación nacen con una finalidad similar al acuerdo extrajudicial de pagos antes visto, aunque aparecieron con anterioridad a este. Así, también tratan de favorecer la continuidad de empresas cuyos mayores problemas sean de liquidez y, al mismo tiempo, evitar todo el proceso del concurso de acreedores que puede ser lento y costoso<sup>7</sup>. La regulación de los acuerdos de refinanciación se concentra especialmente en los artículos 5 *bis* y 71 *bis* LC y en la Disposición Adicional 4ª de la misma norma. Toda esta normativa se ha visto recientemente reformada por el Real Decreto 4/2014 de 7 de marzo y la ley 17/2014 de 30 de septiembre. En cuanto a la clasificación por categorías de los acuerdos de refinanciación, la reforma que se había operado en la ley concursal de 2011 permitía hacerlo en acuerdos ordinarios o no homologados y acuerdos homologados. No obstante, tras las modificaciones de 2014 citadas esta clasificación es un poco más confusa. No obstante, se podrían seguir calificando en ordinarios y homologados, pero en el caso de los primeros hay que distinguir entre colectivos y no colectivos o singulares<sup>8</sup>.

### 1.4.2 ACUERDO DE REFINANCIACIÓN ORDINARIO

#### 1.4.2.1 ACUERDO DE REFINANCIACIÓN COLECTIVO

Estos acuerdos son los que cumplen con los requisitos del artículo 71 *bis*.1 LC. En la dicción literal del artículo no se determina su contenido por lo que este debe ser acordado entre las partes. Lo que sí describe la normativa son los requisitos a cumplir para poder alcanzar dicho acuerdo. Estos implican, en primer lugar, que se amplíe significativamente el crédito disponible o se modifiquen o extingan las obligaciones, respondiendo esto a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la empresa en el corto y medio plazo. Por otro lado, también se exige que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo de Augusta Nerea S.A. A su vez, es necesario que “se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del

---

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., “La toma de decisión del acuerdo extrajudicial de pagos por los acreedores, efectos y su impugnación” en RUIZ DE IZA, P. / BARBER MARRERO, L., [Dir.] *Cuestiones actuales sobre derecho concursal; responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, Civitas, Thomson Reuters, 2014, p. 337.

<sup>7</sup> ROJO, A./ BELTRÁN, E., “Regulación jurídica de la insolvencia: La legislación concursal”, en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. [Dir.], *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, Civitas, Thomson Reuters, 2013, p. 498.

<sup>8</sup> ROJO, A., “El derecho preconcursal”, en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. [Dir.] *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, Civitas, Thomson Reuters, 2014, pp. 597-598.

deudor del deudor”. Finalmente, se debe formalizar el acuerdo en un instrumento público.

Con el cumplimiento de todos estos requisitos, el acuerdo de refinanciación no podrá ser rescindido. Esta imposibilidad de rescisión alcanza también a negocios, actos y pagos, de cualquier naturaleza con independencia de la forma en la que se hubieran realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos. No obstante, el artículo 72.2 LC prevé una salvedad a esto, al disponer que la administración concursal pueda ejercitar la acción rescisoria, además de otras de impugnación que puedan plantearse contra estos acuerdos. Con todo, esta acción solo podría fundarse en el incumplimiento de las condiciones que hemos descrito, correspondiendo la carga de la prueba a quien alegue estos hechos.

Por último, siguiendo el artículo 72 *bis.4*, cabe afirmar que:

*Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.*

*El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor.*

#### 1.4.2.2 ACUERDO DE REFINANCIACIÓN NO COLECTIVO

Los acuerdos de refinanciación no colectivos también aparecen recogidos en el artículo 72 *bis* LC, pero en este caso en su apartado segundo. Estos fueron introducidos por la reforma operada en la LC que realizó el Real Decreto-ley 4/2014 de 7 de marzo. Dichos acuerdos tratan de blindar, de la misma forma que en el caso anterior, aquellos actos que no se puedan introducir en los acuerdos colectivos. De nuevo aquí el contenido de los mismos debe ser determinado por las partes ante el silencio normativo al respecto. A su vez, el nombre de no colectivos que le otorga la doctrina<sup>9</sup> proviene del hecho de que para estos no es necesario una pluralidad de voluntades, dado que el texto legal habla de actos que, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros realizados en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación, cumplan determinados requisitos. Dichos requisitos son:

-Que incremente la proporción del activo sobre el pasivo.

-Que el activo corriente que resulte de esta operación sea igual o superior al pasivo corriente.

-Que las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no tenga un valor superior a nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de dichos

---

<sup>9</sup> ROJO, A., “El derecho preconcursal”, en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. [Dir.] *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, Civitas, Thomson Reuters, 2014, pp 599-600.

acreedores, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo.

-Que el tipo de interés que se le aplique a la deuda que subsista o que resulte del acuerdo no supere en más de un tercio el existente para la deuda previa.

-Formalización del acuerdo en instrumento público.

Aquí, como en el caso anterior, también se prevé la posibilidad de rescindir el acuerdo en caso de incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos, en los mismos términos que antes. Otro aspecto idéntico es la posibilidad de nombramiento de experto independiente.

### 1.4.3 ACUERDO DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADO

Los acuerdos de refinanciación homologados también se han visto afectados por las reformas llevadas a cabo en la LC en 2014. La regulación principal de estos se encuentra en la disposición adicional cuarta de dicha ley.

Actualmente, para poder homologar un acuerdo de refinanciación se necesita la aprobación de los acreedores que representen al menos un cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero. La propia disposición adicional cuarta define este tipo de acreedores como:

*Los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.*

A su vez, en el momento de la adopción del acuerdo, este debe reunir las condiciones que se afirmaba que requerían los acuerdos colectivos, con excepción de la exigencia de suscripción por parte de los acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor.

Para el cómputo del cincuenta y uno por ciento comentado no se tendrán en cuenta los pasivos financieros que pertenezcan a personas especialmente relacionadas con la empresa. Se considerará como tales, en el caso que nos interesa, a los socios que posean un 5% del capital social si la sociedad tuviese valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o un 10% si no los tuviese. En este caso tanto Plácido como Nélide se encontrarían dentro de este supuesto. Otro supuesto que los englobaría es el del artículo 93.2.2º LC que habla de que también se considerará como tales a los administradores. Por último, el punto tercero de este artículo engloba a las sociedades que formen parte del grupo siempre que reúnan ciertos requisitos que, en nuestro caso, ignoramos su existencia. Así pues, se puede sustraer que el crédito que don Plácido y doña Nélide hicieron a la sociedad no contará a efectos de determinar el porcentaje necesario para homologar el acuerdo aunque sí puede verse afectado por el mismo.

La homologación la hará el juez que se encargará de llevar el concurso, esto es, el juzgado de lo mercantil de A Coruña. La solicitud de homologación la realizará el deudor o cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación. De acuerdo con el punto quinto de la disposición adicional cuarta, la solicitud se acompañará del

acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor de cuentas del deudor y las otras certificaciones, informes o tasaciones que esa norma prevé que se puedan dar. El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos citados y declarará la extensión de los efectos correspondientes cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías de las que se hablará a continuación. Sobre esto se pronuncia el auto de homologación de acuerdo de refinanciación número 330/14 del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 28 de agosto de 2014 (JUR\2014\234315) afirmando que “Aunque en el apartado primero del citado precepto se pronuncia en términos potestativos "podrá homologarse judicialmente el acuerdo", ello no significa que el juez tenga la facultad de decidir si homologa o no el acuerdo sino que el juez está obligado a ello siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos”. No obstante, dice el punto siete de la disposición adicional cuarta, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarlo; aunque los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes necesarios y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido. Aquí sí parece que el juez tiene más capacidad de decisión ya que, como se recoge en la sentencia de 29 de julio de 2014 del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (JUR\2014\234953):

*No se define ni jurídica ni económicamente el llamado sacrificio desproporcionado al acreedor disidente, se tratada al juez mercantil el control o valoración inicial de ese sacrificio.*

Los efectos de la homologación son básicamente dos. De un lado, está la imposibilidad de rescindir estos acuerdos. Así, no se podrá ejercer la acción de rescisión ni en los supuestos vistos en los que sí se podía para los acuerdos ordinarios. No obstante, las demás acciones citadas en el caso del acuerdo ordinario se pueden ejercitar del mismo modo, aunque solo por la administración concursal. De otro lado, como segundo efecto de la homologación está la extensión del mismo a los acreedores que no lo suscribieron. Aquí la disposición adicional cuarta distingue dos supuestos:

En primer lugar, están los acreedores que se hayan mostrado contrarios al acuerdo o no lo hayan suscrito y sus créditos no gocen de una garantía real o por la parte de los mismos que exceda de dicha garantía. En este caso, si el acuerdo fue aceptado por al menos un 60 por ciento del pasivo financiero las esperas pueden alcanzar los cinco años. Si el porcentaje alcanzado llega al 75 por ciento, estas esperas se pueden ampliar a diez años, pudiéndose establecer quitas sin límite y la conversión de deuda en acciones. Además, también se puede convertir deuda en préstamos participativos por un plazo de hasta diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original, nos dice la LC. Finalmente, para estos casos también se dispone la posibilidad de ceder bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

Por su parte, los acreedores que sí gocen de garantía real y por el valor de la deuda que garantiza la misma se verán sometidos a los mismos efectos que los anteriores, siempre que se acuerden los mismos. No obstante, para los efectos que requerían un 60 por ciento aquí se exige un 65 y para los del 75 por ciento se pide un 80.

Por último, cabe decir que en caso de incumplimiento del acuerdo de refinanciación los acreedores, estén o no adheridos a dicho acuerdo, pueden solicitar al

juez que realice una declaración de incumplimiento, que permite instar la declaración de concurso o el inicio de ejecuciones singulares.<sup>10</sup>

## 1.5 OTRAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN

En este epígrafe se recogen aquellas alternativas a la declaración de concurso que no están propiamente contempladas en la LC y que no suelen ser típicas. No obstante, debido a la posibilidad de su realización se constatarán las mismas. Estas son modificaciones estructurales de la sociedad que pueden solucionar los problemas de insolvencia de la misma. La normativa que las regula es la ley 3/2009 de 3 de abril de modificaciones estructurales. Entre las mismas, las que se pueden utilizar para evitar el concurso son:

-Fusión: Esta se produce, nos dice el artículo 22 de la ley 3/2009, cuando dos o más sociedades integran sus socios y patrimonios en una única. La fusión puede ser constituyendo una nueva sociedad o que una absorba a otra. En cualquiera de los casos, para servir como solución alternativa al concurso, Augusta Nerea S.A. debería hacer la misma con una entidad lo suficientemente saneada como para soportar la situación de la empresa estudiada.

-Escisión: Dentro de esta se distingue entre escisión total, escisión parcial y segregación. El primer caso se daría si Augusta Nerea S.A. dividiese todo su patrimonio en dos o más partes y cada una de las cuales se transmitiera en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o fuese absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones proporcional a su respectiva participación (artículo 69 ley 3/2009). Por su parte, la escisión parcial sería el traspaso de una o varias partes del patrimonio de la sociedad que formen una unidad económica a una sociedad de nueva creación o a una ya existente, recibiendo los socios el mismo trato que antes (artículo 70 ley 3/2009). Finalmente, la segregación, explica el artículo 71 de la ley 3/2009, se trata del “traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias”. En este supuesto, en caso de escisión total nos encontraríamos en un caso similar al de la fusión, en el que se debería encontrar alguna sociedad capacitada para soportar las deudas. En los otros dos casos, para evitar el concurso se pueden transferir líneas de negocio que no estén funcionando para que no se produzca la insolvencia que recoge como presupuesto objetivo de dicho concurso el artículo 2 LC, pues recordemos que, en el caso planteado esta aún no se ha dado.

-Cesión global de activo y pasivo: Esta consiste en la transmisión en bloque de todo el patrimonio de Augusta Nerea a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. En este caso Augusta Nerea S.A. se disolvería (artículo 81 ley 3/2009). No obstante, si Plácido y Nérida no le ven futuro a su empresa se pueden decantar por esta solución.

---

<sup>10</sup> ROJO, A., “El derecho preconcursal”, en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. [Dir.] *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, Civitas, Thomson Reuters, 2014, pp. 601-606.

## 1.6 CONCLUSIONES

En las líneas anteriores se han explicado alternativas posibles para evitar la declaración de concurso. Las mismas, como se ha visto, pasan por:

- Acuerdo extrajudicial de pagos.
- Acuerdo de refinanciación: Distinguiendo entre:
  - Acuerdo de refinanciación ordinario colectivo.
  - Acuerdo de refinanciación ordinario no colectivo.
  - Acuerdo de refinanciación homologado.
- Modificaciones estructurales: Entre las que se aprecia:
  - Fusión.
  - Escisión: Bien sea total, parcial o segregación.
  - Cesión global de activo y pasivo.

De tener que recomendarle una de estas soluciones a Augusta Nerea S.A. se elegiría el acuerdo de refinanciación. Esto se debe, en primer lugar a que, las últimas soluciones vistas, es decir, las modificaciones estructurales, son soluciones bastante atípicas y, de no existir ninguna empresa interesada en Augusta Nerea S.A. es complicado que se den. Por otro lado, en lo referente al acuerdo extrajudicial de pagos hemos visto que planteaban ciertos efectos para el deudor que podrían dificultar la continuación de su actividad. Así es que el acuerdo de refinanciación se presenta más ventajoso que las otras alternativas. Dentro de este, de poder cumplir con los exigentes objetivos que se requieren, se recomienda decantarse por el acuerdo de refinanciación homologado ya que el mismo permite extender sus efectos incluso a los acreedores que no suscribieron el acuerdo.

## 2. DESBALANCE ENTRE PATRIMONIO NETO Y CAPITAL SOCIAL

### 2.1 INTRODUCCIÓN

En este apartado se valorará el descenso del patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social que se ha producido en la empresa Augusta Nerea S.A. y si el mismo implica que se deba solicitar el concurso. Para ello, en primer lugar definiremos el patrimonio neto, el capital social y la relación entre ambos para, a continuación, observar los presupuestos de declaración de concurso en relación con este desbalance patrimonial. Finalmente se dictaminará acerca de la cuestión planteada, esto es, si Augusta Nerea está obligada o no a solicitar la declaración de concurso de acreedores.

### 2.2 PATRIMONIO NETO Y CAPITAL SOCIAL

El patrimonio neto aparece definido en el marco conceptual del Plan General Contable (RD 1514/2007 de 16 de noviembre). Allí se dice que el mismo:

*Constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.*

Por otro lado, también el propio Plan General Contable define en su quinta parte el capital social como del siguiente modo:

*Capital escriturado en las sociedades que revistan forma mercantil, salvo cuando atendiendo a las características económicas de la emisión deba contabilizarse como pasivo financiero.*

Se debe resaltar que estas definiciones son definiciones contables, y que pueden existir otras de otra índole, por ejemplo, económica. No obstante, a efectos de la problemática a abordar aquí, es precisamente el concepto contable el que interesa.

La relación existente entre los dos conceptos definidos consiste en que el capital social es una parte del patrimonio neto. Esto lo podemos observar en la siguiente imagen:

Nº CUENTAS	PATRIMONIO NETO Y PASIVO
100,101,102 (1030), (1040) 110	<b>A) PATRIMONIO NETO</b>
112,113,114,115,119 (108),(109)	<b>A-1) Fondos propios.</b>
120,(121) 118 129 (557) 111	<b>I. Capital.</b>
133,1340,137	1. Capital escriturado.
130,131,132	2. (Capital no exigido).
	<b>II. Prima de emisión.</b>
	<b>III. Reservas.</b>
	<b>IV. (Acciones y participaciones en patrimonio propias).</b>
	<b>V. Resultados de ejercicios anteriores.</b>
	<b>VI. Otras aportaciones de socios.</b>
	<b>VII. Resultado del ejercicio.</b>
	<b>VIII. (Dividendo a cuenta).</b>
	<b>IX. Otros instrumentos de patrimonio neto.</b>
	<b>A-2) Ajustes por cambios de valor.</b>
	<b>A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos.</b>

Fuente: Plan General Contable (2007)

En la imagen se debe explicar que las cuentas con su número entre paréntesis son cuentas que en negativo que minoran el patrimonio neto. No obstante, para que dicho patrimonio sea menor que la cifra del capital las cuentas más relevantes, además de las propias cuentas que conforman el capital social obviamente, son las de resultados del ejercicio -129- y las de resultados de ejercicios anteriores -120 y (121)-. La cuenta de resultados del ejercicio es de doble sentido, tanto puede ser negativa como positiva en función de si en dicho ejercicio se han obtenido pérdidas o ganancias. Los resultados que arroje la misma pasan al año siguiente a resultados del ejercicio anterior en forma de cuenta número 120 si son positivos y (121) si son negativos. De este modo, si se acumulan varios ejercicios produciéndose pérdidas, o estas son muy elevadas, puede darse que el patrimonio neto sea inferior incluso a la mitad de la cifra del capital social, como es el caso que aquí se nos plantea.

## 2.3 PRESUPUESTOS DE DECLARACIÓN DE CONCURSO Y DESBALANCE PATRIMONIAL

Los presupuestos de declaración de concurso se clasifican, en primer lugar, en subjetivos y objetivos. No obstante, los que aquí interesan son los presupuestos objetivos; pues los subjetivos, al analizar una sociedad anónima, está claro que se cumplen. Además, estos no tienen relación con la situación de desbalance de la que se habla.

En cuanto a los presupuestos objetivos, es el artículo 2 LC el nos los especifica al recoger que:

*1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.*

*2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.*

*3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.*

*4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:*

*1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.*

*2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.*

*3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.*

*4º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago*

*de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.*

Dentro de lo que el artículo 2 LC dispone, parece que solamente se pueden levantar dudas interpretativas acerca de su punto segundo, en relación al incumplimiento regular de las obligaciones exigibles. De lo dispuesto en dicho apartado hay que entender que este incumplimiento, que antes de la reforma de 2014 se entendía que debía ser generalizado, definitivo y sin interrupciones, ahora simplemente tiene que ser reiterado<sup>11</sup>. Con todo, este, ni ningún otro de los presupuestos de declaración de concurso parecen mantener una relación directa con la situación de desbalance patrimonial. Sobre dicha relación entre el desbalance del patrimonio neto y el capital social y la insolvencia del deudor se pronunció el Tribunal Supremo en la STS 122/2014 de 1 de abril (RJ\2014\2159)<sup>12</sup> en su fundamento jurídico decimotercero, en donde manifestó que:

*No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria.*

*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 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 ser 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.*

*Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapan, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes.*

Otro sitio en donde se puede apreciar que este supuesto de desbalance que deja el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social no implica la declaración de concurso, se observa al analizar el artículo 363 de la LSC. En dicho precepto legal se establece este desbalance como una causa de disolución de la sociedad, disponiendo que:

*1. La sociedad de capital deberá disolverse:*

*e) 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.*

---

<sup>11</sup> ARROYO, I./MORRAL, R., *Teoría y práctica del derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 33.

<sup>12</sup> Sobre el mismo tema: STS 590/2013 de 15 de octubre (RJ\2013\7253) y, más recientemente, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 18 de junio de 2014 (AC\2014\1052)

Así pues, de este artículo se desprende que el desbalance no implica un deber de declarar el concurso con ese último inciso en el que indica la no disolución de la sociedad si procediese solicitar dicho concurso. Si fuera lo contrario y el desbalance implicase la necesidad del concurso, dicho apartado sería innecesario y carecería de todo sentido.

## 2.4 CONCLUSIONES

En las líneas anteriores se ha analizado la relación existente entre el patrimonio neto y el capital social y si en el caso que se nos plantea, en el cual, recordemos, la cifra del primero había bajado por debajo de la mitad del segundo, es obligatorio declarar el concurso de acreedores. Sobre la cuestión analizada es pertinente dictaminar que:

-No es necesario declarar el concurso de acreedores: Las razones que llevan a afirmar esto son:

-Entre los presupuestos objetivos de declaración del concurso no se aprecia referencia alguna al desbalance patrimonial.

-Como ha manifestado la jurisprudencia, la insolvencia, que sí es presupuesto de declaración de concurso, no se identifica con el desbalance. Uno no implica lo otro en cuanto a derecho concursal se refiere.

-La dicción literal del artículo 363.1.e) de la LSC no tendría sentido si este desbalance patrimonial obligase al deudor a declarar el concurso.

A su vez, se debe advertir a Augusta Nerea S.A. que se encuentra en causa legal de disolución y que si desea continuar con normalidad su actividad en el futuro deberá aumentar o disminuir la cifra del capital social lo suficiente, como dispone el ya citado artículo 363.1.e). Si no se soluciona esta causa legal de disolución o no se convoca junta general en el plazo de dos meses para debatir dicha disolución, los administradores podrían verse sometidos a la responsabilidad solidaria que recoge el artículo 367 de la LSC.

### 3. CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS DE DON PLÁCIDO Y DOÑA NÉLIDA

#### 3.1 INTRODUCCIÓN

En esta cuestión se analizará el tratamiento que, en caso de concurso recibirían los créditos que don Plácido y doña Nélima, socios y administradores solidarios, han realizado a Augusta Nerea S.A. Los mismos se deben a la complicada situación económica que la empresa afronta fruto de la cual la entidad financiera con la que venían trabajando les denegó un crédito. Así, estos administradores, para hacer frente al pago de los sueldos de sus trabajadores y de las cuotas de la seguridad social decidieron hacer de su patrimonio sendos préstamos a la sociedad. De este modo, en las siguientes líneas se explicará si estos créditos son privilegiados, ordinarios o subordinados.

#### 3.2 CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS EN CASO DE CONCURSO

Para analizar esta cuestión nos debemos fijar en el precepto quinto del artículo 92 LC, en el que se expresa que:

*Son créditos subordinados:*

*5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.*

A su vez, se debe destacar que entre las personas especialmente vinculadas se encuentran tanto los administradores como los socios, ya que así se dispone en los puntos primero y segundo, del precepto segundo del artículo 93 LC:

*2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:*

*1.º Los socios y, cuando éstos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera.*

*2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad.*

De lo expuesto parece desprenderse que los créditos que don Plácido y doña Nélima han realizado a la sociedad se calificarán como subordinados. No obstante, el precepto

quinto del artículo 92 LC transcrito mostraba dos excepciones. Por un lado, está los del artículo 91.1º, en el que se dispone:

*Son créditos con privilegio general:*

*1º Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.*

De la dicción de este artículo se aprecia que en él no se pueden encuadrar los hechos del caso aquí analizado. Aunque el mismo artículo habla de créditos por salarios se refiere a deudores trabajadores a los que no se les haya pagado su salario y no a créditos utilizados para pagar salarios. A su vez, recordemos, para la aplicación de esta excepción se exigía que el deudor fuese persona natural (artículo 92) siendo en este caso una sociedad.

En cuanto a la segunda excepción, al hablar la misma de créditos diferentes a préstamos y estar aquí ante préstamos queda ya desvirtuada. Así pues, ya que ninguna de estas excepciones es de aplicación en el caso analizado, los créditos de don Plácido y doña Nélica, en caso de concurso, recibirían la calificación de subordinados.

El hecho de que sean créditos subordinados implica que tendrán la peor consideración en caso de concurso, por detrás de los ordinarios. Así, si en el concurso se llega a convenio los titulares de estos créditos según el artículo 122.1 LC:

*1. No tendrán derecho de voto en la junta los titulares de créditos subordinados incluidas, en particular, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso.*

No obstante, les afectará la misma quita que a los titulares de créditos ordinarios y la espera será mayor, como se ilustra en el párrafo segundo del artículo 134 LC:

*Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos.*

Por su parte, en caso de haber liquidación, las normas que se les aplican son las que se recogen en el artículo 158 LC<sup>13</sup>:

- 1. El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios.*
- 2. El pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.*

Así pues, dentro de los acreedores subordinados, dado que, como se ha puesto ya de manifiesto, don Plácido y doña Nélida lo serían por el punto quinto del artículo 92, serían los quintos en cobrar.

### 3.3. CONCLUSIONES

De lo expuesto en esta cuestión tercera cabe extraer que, en caso de que se diese el concurso de acreedores en Augusta Nerea, S.A. los créditos que don Plácido y doña Nélida han realizado a dicha sociedad se verían clasificados como subordinados. Esto tiene una gran importancia, debido al tratamiento diferenciado e inferior que esta clase de créditos tienen con respecto a los demás. Esto, unido a que tanto don Plácido y doña Nélida son socios y administradores de Augusta Nerea, S.A. potencia que deban evitar la liquidación de la citada sociedad, ya que la práctica demuestra que es muy frecuente que los acreedores subordinados no vean satisfechos sus créditos, al menos en su integridad.

---

<sup>13</sup> ARROYO, I./ MORRAL, R., *Teoría y práctica del derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 146-147.

## 4. ACCIONES DE REINTEGRACIÓN

### 4.1 INTRODUCCIÓN

En esta cuarta cuestión se expone el hecho de que la empresa del caso, Augusta Nerea, S.A., le debe 500.000 € a otra empresa, Almanzor, S.L. Este solicita la declaración de concurso necesario de la primera pero como no paga la preceptiva tasa judicial se le requiere para que lo subsane. No obstante, dado que al día siguiente Augusta Nerea, S.A. satisface esta deuda, el defecto no se llega a subsanar nunca. Así transcurre el tiempo hasta que siete meses después de estos hechos Augusta Nerea, S.A. se declara en concurso voluntario.

Por todo lo expuesto se pide dictamen sobre la posibilidad de ejercitar acciones de reintegración por los 500.000 € satisfechos a Almanzor, S.L.

### 4.2 PERTINENCIA DE LA ACCIÓN

La acción de reintegración se justifica en el habitual hecho de discordancia temporal entre el momento en el que el concursado comienza a tener problemas económicos y la declaración judicial de concurso<sup>14</sup>. A este tipo de justificación se refiere también la jurisprudencia. Así en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de mayo de 2006 (JUR 2012\89140) se explica que:

*[...] tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso. En concreto, pretende preservar la integridad del patrimonio, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par condicio creditorum, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a quienes se debe pagar.*

Dicha acción se encuentra regulada en el artículo 71 y siguientes LC. En el punto primero de este artículo 71 se recoge:

*1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*

De aquí se extrae la existencia de dos requisitos para que pueda concurrir la acción. Por un lado, el requisito temporal de dos años, que en este caso se aprecia su cumplimiento al pasar tan solo siete meses desde que sucediese el acto analizado. Mientras, por otro lado, se debe determinar si el acto es perjudicial para la masa activa aún cuando no hubiere existido intención fraudulenta. Con respecto a esto último se debe decir que, de este modo, la existencia de mala fe es irrelevante para la pertinencia de esta acción –aunque no a la hora de determinar sus efectos, como luego se verá-. Así lo expresa también el Tribunal Supremo en su sentencia 185/2012 de 28 de marzo (RJ 2012\4869):

---

<sup>14</sup> ROJO, A., “Las masas activa y pasiva del concurso de acreedores”, en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. [Dir.] *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, Civitas, Thomson Reuters, 2014, pp. 551-554.

[...] el artículo 71 prescinde por completo del requisito subjetivo de la intención fraudulenta, al extremo que su tenor literal de forma expresa excluye tal exigencia [...].

34. Dicho de otra forma, los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe.

Dicho esto, queda determinar si el citado pago de 500.000 € realizado a Almanzor, S.L. se puede considerar perjudicial para la masa, aún cuando era una cantidad debida. Al respecto, la citada STS 185/2012 de 28 de marzo (RJ 2012\4869) indica:

*Los términos de la norma -"serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa..."- permiten la impugnación de concretos comportamientos aislados del contexto en el que se desarrollan, incluso cuando se trata de actos debidos -como lo demuestra la posibilidad de atacar pagos anticipados-, por lo que desde la perspectiva teórica podría mantenerse por un lado la eficacia de la compraventa y, por otro, la reintegración de los pagos realizados de forma discriminada con el precio percibido, por entender que la primera no es lesiva para la masa y si lo es el pago, ya que incluso tratándose de deudas vencidas pueden constituir un comportamiento discriminatorio injustificado, pero también cabe vincular ambos cuando responden a una operativa comercial compleja que las partes han querido de forma inescindible.*

A su vez, el concepto de perjuicio lo define también el Tribunal Supremo en su STS 631/2014 de 1 noviembre (RJ 2014\6154):

*La jurisprudencia de esta Sala ha fijado el concepto del perjuicio para la masa propio de las acciones de reintegración concursal como « sacrificio patrimonial injustificado », en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa.<sup>15</sup>*

En este caso, el pago dado a Almanzor, S.L. parece violar la *par condicio creditorum* en tanto que es injustificado que Augusta Nerea, S.A. satisfaga su crédito a dicha empresa pero no a los demás acreedores, bajando de este modo el citado valor del activo. Respecto a esto, el Alto Tribunal considera muy relevante, como es lógico, el hecho de que en el momento en el que se llevó a cabo el pago la empresa esté o no en estado de insolvencia. Así en su STS 629/2012 de 26 octubre (RJ 2012\10415) dispone:

*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.*

La sentencia ahora citada tiene gran relevancia, pues en ella el Tribunal Supremo analiza un caso substancialmente idéntico al que se nos presenta. No obstante, el mismo

---

<sup>15</sup> Sobre esto también STS 428/2014 de 24 julio (RJ 2014\4590).

difiere del tratado en este trabajo en que allí se presentó un concurso necesario y aquí uno voluntario y el plazo de tiempo con el que nos enfrentamos ahora es superior – menos de tres meses en el caso de la sentencia y siete en el nuestro-. Pese a ello, resulta de interés observar como en este supuesto el Tribunal Supremo acuerda que sí cabe la acción de reintegración por violar la *par condicio creditorum* al estar la empresa concursada ya en estado de insolvencia al momento de realizar el pago. A su vez, sobre los efectos que la actuación del acreedor –instando primero el concurso pero una vez recibido el pago no solventando los requisitos necesarios para llevarlo adelante- sí que se pueden asimilar por completo los del caso analizado por el Tribunal Supremo y el que nos ocupa. Así, el Alto Tribunal resolvió:

*[...] la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito.*

Así pues, lo relevante en el caso sería observar el posible estado de insolvencia de Augusta Nerea, S.A. hace siete meses cuando realizó el pago a Almanzor, S.L. De considerar que en aquel momento lo estaba, procedería la acción de reintegración del artículo 71 LC. Esto, además de por lo expuesto, se debe a que al tener el pago su origen en la realización de unas obras no se está ante ninguna de las circunstancias del punto quinto de este citado artículo 71 LC, las cuales implicarían la inutilización de la acción. En consecuencia, Almanzor, S.L. debería integrar los 500.000 € recibidos en la masa activa con los intereses y frutos que generase, como dispone el artículo 73 LC, pero no se subordinaría su crédito.

#### 4.3 CONCLUSIONES

De lo expuesto en esta cuestión se desprende que, aunque el pago realizado a Almanzor, S.L. se deba a circunstancias completamente lícitas, podría dar lugar a una acción de reintegración. Para la misma sería necesario determinar que Augusta Nerea, S.A. ya estaba en estado de insolvencia cuando afrontó dicho pago.

A su vez, en cuanto a los efectos de la acción, se debe decir que no cabe catalogar el comportamiento de Almanzor, S.L. como de mala fe y por tanto subordinar su crédito. Esto tiene su fundamento en que una vez que le han satisfecho el crédito que ostentaba es lógico que haya presumido que la posible situación de insolvencia de Augusta Nerea, S.A. no lo era tal y que por tanto no es necesario que subsane el defecto procesal para llevar adelante el concurso.

## 5. IMPUGNACIÓN DE ACUERDO Y EVENTUALES RESPONSABILIDADES PENALES

### 5.1 INTRODUCCIÓN

Se plantea ahora en esta cuestión el caso de la falsificación de firma llevada a cabo por uno de los socios de Augusta Nerea S.A. En concreto ha sido don Plácido el que ha realizado esta acción con el objeto de fijar para sí una retribución anual de 200.000 €. Para ello ha realizado una junta general extraordinaria universal en 2008 en donde acordó esto y llevó a cabo la citada falsificación de la firma de la otra socia –poseen un 50% de la sociedad cada uno- y administradora, doña Nélica.

Lo que aquí se analizará pues, será la posibilidad de impugnación del acuerdo societario y las responsabilidades penales que los actos de don Plácido puedan tener.

### 5.2 IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO SOCIAL<sup>16</sup>

#### 5.2.1 ACUERDOS NULOS Y ACUERDOS ANULABLES

La Ley de Sociedades de Capital (LSC en adelante) al hablar de la impugnación de acuerdos sociales hace una distinción entre acuerdos nulos y acuerdos anulables. Así, el precepto 204.1 y 2 LSC nos explica que:

- 1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.*
- 2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.*

En este caso, debido a que la representación en la junta general de doña Nélica es inexistente y fue falseada por Plácido, se estaría ante un acuerdo claramente nulo siendo el precepto legal vulnerado el del artículo 178 LSC, en el que se dice que:

- 1. La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión.*

Por otro lado, también se debe hacer referencia a la teoría contractualista defendida por nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo la STS 120/1991 (RJ 1991\1512) de 19 de febrero la describe como:

- [..] la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios [...]*

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial se pueden interpretar los acuerdos societarios como contratos. De hacerlo así, otra norma que se contraviene sería el

---

<sup>16</sup> Este tema se ha visto afectado por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre. No obstante, se analizará con la normativa vigente en el momento en que el caso fue propuesto.

artículo 1261.1º CC en conjunto con el primer inciso del artículo 1262 CC. En ellos se nos dice:

*Artículo 1261.*

*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

*1º Consentimiento de los contratantes.*

*Artículo 1262.*

*El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.*

Una vez más, el problema que ocasiona estos vicios en el consentimiento es la no asistencia a la junta de doña Nélide y la correspondiente falsificación de su firma por parte de don Plácido.

Unido a todo esto, también existe una vulneración del artículo 217.1 LSC. En este se dispone:

*1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución.*

Así pues, partiendo de este precepto, cabe afirmar que los estatutos deben recoger expresamente la remuneración a los administradores para que esta pueda existir. En este caso no lo hacen por lo que no valdría con una junta universal, aunque fuere el caso de que en la misma no se falsease la firma de doña Nélide. Sería necesaria una modificación estatutaria. Sobre esto se pronuncia el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho tercero de su STS 412/2013 de 18 junio (RJ 2013\4632), citando otras sentencias propias y expresando:

*El art. 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aplicable por razones temporales, establecía que "el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución". El vigente art. 217.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital reproduce casi literalmente dicho precepto.*

*Esta Sala ha afirmado que la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución «aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles -en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril, afirma que su finalidad es "proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión"; y la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, que "se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella"» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011)*

Finalmente, también se incumple el deber de lealtad establecido en el artículo 226 LSC. Para esto nos basamos en el hecho de que don Plácido antepuso sus intereses particulares -al establecer una alta retribución para sí mismo- a los de la sociedad.

## 5.2.2 PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

Para impugnar un acuerdo social se deben seguir idénticos procedimientos que para un juicio ordinario (artículo 208 LSC). A su vez, en el caso de acuerdos nulos, como recoge el precepto 206.1 LSC, están legitimados para impugnar socios, administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo. Por ello, doña Nérida en su condición de socia y administradora dispone de esta legitimación. Esta acción de impugnación debe dirigirse contra la sociedad y no contra don Plácido (artículo 206.3 LSC).

La cuestión que resulta aquí más controvertida es la referente al plazo. En la LSC se nos dice, artículo 205.1, que:

*1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.*

De esto se desprende que el plazo de impugnación de este acuerdo ha concluido ya. No obstante, cabe la extemporaneidad de la acción si dicho acuerdo resulta contrario al orden público. Es por ello que se debe explicar aquí lo que, según nuestra jurisprudencia, se entiende como contrario al orden público. Así, por ejemplo, en la STS 381/2014 de 11 abril (RJ 2003\3269) se refiere al mismo concepto citando antigua jurisprudencia suya del siguiente modo:

*En su sentencia de 5 de abril de 1966 dijo que el orden público nacional «está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada». La sentencia de 31 de diciembre de 1979 reitera esta definición*

Si bien el orden público debe considerarse desde un punto de vista restrictivo, como se expresa en la STS 902/2005 de 28 de noviembre (RJ 2006\1223):

*El concepto de orden público, como límite de la autonomía privada, ofrece serias dificultades de fijación, y presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación debe ser aprehendido en sentido restrictivo, pues de otro modo podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que bien pudiera destruirse la regla de la caducidad de la acción de impugnación, sin duda establecida en seguridad del tráfico. A lo que parece, con la más autorizada doctrina, podría pensarse en la disciplina legal de la sociedad anónima cabría encontrar el orden público en los «principios configuradores de la sociedad»*

Pese a ello, el caso aquí planteado tendrá cabida dentro de dicho concepto, como se observa a raíz de la STS 496/2000 de 18 de mayo (RJ 2000\3934) en la que se explica:

*[...] hay que decir que en el orden jurídico el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que*

*generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24-1 de la Constitución Española.*<sup>17</sup>

Así, en este supuesto encuadramos nuestro caso; pues en él también se le priva de una tutela judicial efectiva a doña Nélica por estar ausente y falsificar su firma. De este modo, se extrae que el acuerdo social llevado a cabo con la falsificación de firma de doña Nélica es contrario al orden público. Esto permite defender que el plazo de caducidad de la acción de impugnación no haya transcurrido aún.

Finalmente, cabe hacer una breve referencia a la posibilidad de entablar una acción social de responsabilidad contra don Plácido. No obstante, de lo dispuesto en el precepto primero del artículo 238 LSC esto parece complicado ya que en el mismo dice:

*1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.*

La dificultad radicaría aquí en obtener la mayoría ordinaria ya que se debe recordar que en Augusta Nerea, S.A. solo hay dos socios siendo don Plácido uno de ellos, el cual posee el 50% del capital social.

## 5.3 RESPONSABILIDADES PENALES

### 5.3.1 ACUERDO LESIVO ADOPTADO POR MAYORÍA FICTICIA

En orden a determinar las posibles responsabilidades penales de don Plácido por los hechos narrados se debe, en primer lugar, traer a colación el delito descrito en el artículo 292 del Código Penal (CP en adelante). En él se expresa que:

*La misma pena del artículo anterior se impondrá 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.*

Esta pena a la que comienza refiriéndose el artículo es de seis meses a tres años de prisión o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Este delito, como sugiere un análisis más pormenorizado del precepto transcrito, castiga los acuerdos lesivos -su imposición o aprovechamiento- para la sociedad o para algún socio que se hayan obtenido por medio de una mayoría ficticia. En el caso que nos atañe, el acuerdo adoptado por don Plácido para establecerse un sueldo de 200.000 € es lesivo para los

---

<sup>17</sup> Sobre esto también STS 168/2002 de 4 marzo (RJ 2002\2421)

intereses de la sociedad debido a la desproporción de la cantidad. Esto lo corrobora también el hecho de la difícil situación económica por la que pasa actualmente la sociedad. Por su parte, resulta evidente que el beneficio obtenido con esta acción realizada por don Plácido era para sí mismo ya que el sueldo que establece es el suyo.

En cuanto a la materia de mayoría ficticia, el mismo podría tener un encuadre más dificultoso. Esto se debe a que en los supuestos que el artículo 292 CP describe - abuso de firma en blanco, atribución indebida del derecho de voto y negación ilícita del ejercicio de dicho derecho- no se encuentra el de falsificación de firma. No obstante, el artículo dice también que aquí se debe encuadrar “cualquier otro medio o procedimiento semejante”. Esto implica que bajo el amparo de esta previsión se deben incluir todo tipo de mayorías fraudulentas por las que se consiga la citada mayoría ficticia<sup>18</sup>.

Por todo ello, se puede concluir que don Plácido comete el delito de acuerdo lesivo tipificado en el artículo 292 CP. Además, en este mismo artículo se expresa que las penas en él recogidas se aplicarán “sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito”. Es por ello, que de constituir la falsificación de firma otro delito el concurso de delitos existente con el aquí descrito será real.

### 5.3.2 ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Otro delito cuya concurrencia en el presente supuesto cabe plantearse es el recogido en el artículo 295 CP de administración desleal. Aquí el legislador expresa:

*Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.*

En este caso lo determinante es observar si se trataban de funciones propias de su cargo. Esto no parece que sea así dado que la remuneración de los administradores es algo que se debe estipular en los estatutos y no los propios administradores, como se expresa en el artículo 217.1 LSC cuyo tenor literal dice:

*1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución.*

Dado que en ningún sitio se indica que los estatutos recojan remuneración alguna para los administradores el cargo de los mismos se consideraba gratuito. Por ello, don Plácido no ejercía aquí funciones propias de su cargo por lo que no concurre el delito del artículo 295 CP.

---

<sup>18</sup> MORENO CHAMARRO, I., *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 82.

### 5.3.3 FALSEDAD DOCUMENTAL

También debe analizarse la posibilidad de existencia de una punible falsedad documental. El posible delito sería el recogido en el artículo 392.1 CP, en el que se dice:

*1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*

En estos tres primeros puntos del apartado 1 del artículo 390 CP se considera que se comete falsedad:

*1º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.*

*2º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.*

*3º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.*

El caso en concreto de falsificación de firma tiene su encaje en el punto primero. Esto se deriva de la interpretación que el Alto Tribunal hace del mismo, como recoge en la STS 2018/2001 de 3 abril (RJ 2002\6115). En esta se afirma en su fundamento de derecho tercero que este tipo de falsedades son falsedades materiales recogiendo:

*[...] se está en presencia de una falsedad material cuyo encaje penal actual se encuentra en el art. 390-1º del Código Penal que de forma sintética mediante la expresión «alterar un documento», incluye las conductas descriptivas que en el anterior Código Penal se encontraban en las expresiones tales como contrahacer o fingir letra, firma o rúbrica, alteraciones de fechas, hacer intercalaciones.*

A su vez, el Tribunal Supremo también fija determinados requisitos para las falsedades en STS como la 394/2007 de 4 mayo (RJ 2007\5597), en la que se exige:

*a) Un elemento objetivo o material (consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal).*

*b) Que dicha "mutatio veritatis" afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas (de ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva).*

*c) Un elemento subjetivo, consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad (STS de 25 de marzo de 1999 (RJ 1999/2053)).*

*Y, junto a los anteriores requisitos, es igualmente precisa la concurrencia de la antijuridicidad material, de tal modo que, para la existencia de la falsedad documental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la "mutatio veritatis", en que materialmente consiste todo tipo de falsedad documental, varíe la esencia, la sustancia o la genuinidad del documento en sus extremos esenciales, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que*

*está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico.*<sup>19</sup>

En el caso a analizar se aprecian la concurrencia de todos estos requisitos que exige el Tribunal Supremo para la concurrencia del delito tipificado en el artículo 392 CP. Así, el primer requisito se observa en el hecho de que se llame junta universal a una junta en la que no se cumplen los requisitos legales para ello y se finja que así se hace. En cuanto al segundo, se ve cumplido porque la falsificación realizada es de la firma de la otra administradora –y copropietaria- de la sociedad. Esto, se considera como elemento relevante del documento. A su vez, dicha falsificación tiene importantes incidencias en el tráfico mercantil de Augusta Nerea S.A., ya que pasa a destinar significativas sumas de dinero para retribuir a don Plácido. En tercer lugar, el dolo falsario resulta evidente ya que los actos realizados por don Plácido son con plena conciencia de que con ellos estaba alterando la realidad y para obtener un beneficio propio. Finalmente, la antijuridicidad material se pone de manifiesto en el daño causado a la sociedad al desviar una elevada cantidad de dinero para su remuneración personal. Por todo ello, cabe concluir que sí existe un delito de falsedad documental.

### 5.3.3 QUIEBRA FRAUDULENTA

Finalmente, se debe hacer referencia al delito de quiebra fraudulenta. Este se recoge en el artículo 260.1 CP, en el que se expresa:

*1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.*

En este caso, el delito aún no concurre debido a que Augusta Nerea, S.A. aún no ha sido declarada en concurso. No obstante, sí parece estar en un caso de precurso del artículo 5 bis LC debido a que ha empezado a negociar con sus principales acreedores un acuerdo para hacer viable la empresa. Así en el caso de que se diese finalmente el concurso, don Plácido podría incurrir en este delito, si ese sueldo de 200.000 € anuales que se fijó para sí mismo contribuyó de forma significativa en la insolvencia de su empresa.

### 5.4 CONCLUSIONES

De lo expuesto en esta cuestión quinta se puede extraer lo siguiente:

-El acuerdo por el que se fija la retribución de don Plácido, dado su carácter, puede ser nulo y contrario al orden público. Por ello se pueden reclamar, aún cuando sea de modo extemporáneo, las cantidades que don Plácido lleva percibiendo desde ese momento en concepto de retribución como administrador, pues las mismas se derivan de un acuerdo nulo.

---

<sup>19</sup> Sobre esto también STS de 13 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8398) y Auto del Tribunal Supremo 1120/2010 de 2 junio (JUR\2010\236449)

-Don Plácido incurre en los delitos de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia del artículo 292 CP y en el de falsedad documental de documento mercantil –el acta de la junta se considera como tal (STS 841/2013 de 18 de noviembre (RJ 2014\3061))- del artículo 392 CP. No obstante, no comete el delito de administración desleal del artículo 295 CP al no estar ejerciendo funciones propias de su cargo. A su vez, en caso de que se produzca el concurso de acreedores puede incurrir en el delito de quiebra fraudulenta del artículo 260 CP.

## 6. ABANDONO DE TRABAJADORES PARA CREACIÓN DE UNA NUEVA EMPRESA

### 6.1 INTRODUCCIÓN

En este punto sexto se plantea el supuesto en el cual los trabajadores de Augusta Nerea S.A., tras abandonar esta empresa sin preaviso alguno, han creado una empresa por su cuenta con igual objeto social y en la misma localidad que la citada sociedad. Dichos trabajadores han contactado con los clientes de su anterior empresa para que se pasen a la recién creada, informando a los mismos de la difícil situación económica de su anterior compañía. Es por ello que aquí se analizarán las acciones que puede emprender Augusta Nerea, S.A. contra sus trabajadores por la conducta descrita.

Este análisis se debe dividir en tres partes: En una primera se calificarán los hechos ocurridos en el marco de la relación laboral existente entre Augusta Nerea, S.A. y sus empleados. Mientras, en segundo lugar, el análisis versará sobre las consecuencias que puede acarrear el abandono en bloque de los trabajadores sin avisar de ningún modo a la empresa. Finalmente, se atenderá a los actos ocurridos tras el abandono de la empresa por los trabajadores, esto es, la creación de otra que se dedica a idéntica actividad y la captación de los clientes de su anterior empresa.

### 6.2 ACTOS EN EL MARCO DE RELACIÓN LABORAL

En el ámbito de la relación laboral entre la empresa analizada y sus trabajadores se podría pensar como posible ilícito existente la concurrencia desleal. Esta aparece descrita en el Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante) en sus artículos 5 y 21. En el artículo 5, en la letra d, se dice:

*Los trabajadores tienen como deberes básicos:*

*d) No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley*

Mientras que en el artículo 21 ET, en su apartado primero se recoge:

*1. No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.*

Dicha concurrencia desleal de la que habla el ET ha sido definida por diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se muestra por ejemplo en la STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987\5389)<sup>20</sup> en la que se expresa:

*El artículo 5, d) del Estatuto de los Trabajadores señala como uno de los deberes básicos del trabajador «no concurrir en la actividad de la empresa en los términos fijados en esta ley», determinación que hace el artículo 21-1 al establecer*

---

<sup>20</sup> Esta jurisprudencia, pese a su antigüedad, se sigue utilizando, como demuestra, por ejemplo, la Sentencia 826/2014 de 29 abril del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (AS 2014\1839).

*que «no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal», entendiéndose por tal la dedicación del trabajador a actividades laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, siempre que las mismas no hayan sido consentidas por su empresario y le causen un perjuicio real o potencial.*

De esto se puede concluir que la concurrencia desleal es una previsión legal pensada para el marco de una relación laboral. Estos preceptos pues, serían de aplicación si los trabajadores no se hubieran desvinculado de la empresa. En ese caso, siguiendo la jurisprudencia citada, se estaría en una causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual –artículo 54.2.d) ET-. No obstante, esto no sucede aquí y así, al irse los trabajadores no existe concurrencia desleal.

### 6.3 ABANDONO DE LA EMPRESA

Como se decía anteriormente, los trabajadores se marcharon en bloque de la empresa sin dar a la misma preaviso alguno, lo que puede ser un supuesto de dimisión del trabajador. Esto contraviene el precepto 1.d) del artículo 49 ET, en el que se recoge:

*1. El contrato de trabajo se extinguirá:*

*d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.*

Al no constar datos sobre lo que se expresa en el convenio colectivo aplicable o en la costumbre del lugar, la consecuencia que puede tener esta omisión de preaviso es la indemnización por daños y perjuicios. Para ello, Augusta Nerea S.A. debe acreditar la existencia de los mismos. Aquí, al haber sido la totalidad de los trabajadores los que abandonaron la empresa esto se facilita, ya que hay un perjuicio visible en el hecho de que dicha empresa no puede desempeñar su actividad durante el tiempo en que tarde en contratar otros trabajadores. Este planteamiento se basa en la doctrina del Tribunal Supremo. Así, en la STS de 26 de abril de 1991 (RJ 1991\3390) se recoge:

*El hecho de que en la dimisión del trabajador no se respetase por éste el plazo de preaviso al que se refiere el art. 49,4 del Estatuto de los Trabajadores no anula su efecto extintivo, ya que, dado el carácter personalísimo de la prestación laboral, no se puede imponer en ningún caso la subsistencia del contrato de trabajo contra la voluntad del trabajador, sin perjuicio de que en caso de inexistencia del referido plazo -que da lugar a la figura del abandono- la decisión de aquél pueda producir, además su obligación de reparar los posibles daños causados al empresario.*

A su vez, en el auto del propio Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010 (JUR 2010\396552) en el que el Alto Tribunal se muestra de acuerdo con la sentencia recurrida, se expresa:

*La sentencia recurrida estima que el incumplimiento del periodo de preaviso cuando no se estipulan las consecuencias derivadas de tal hecho pueden dar lugar a indemnización de los daños y perjuicios que se acrediten, pero no da derecho automático a percibir una cantidad equivalente al salario que se hubiera devengado durante ese tiempo de preaviso.*

No obstante, contra lo expuesto los trabajadores podrían alegar que se trata de una causa justa de extinción del contrato –lo que les daría derecho a una indemnización equivalente a la del despido improcedente-. La base a dicha argumentación estaría en el artículo 50.1.b) que dice lo siguiente:

*1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:*

*b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.*

No obstante, la postura del Supremo en este aspecto es clara, y se expresa en el fundamento cuarto de la STS de 25 de enero de 1999 (RJ 1999\898):

*Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, cabe entender que una interpretación conjunta de los apartados b) y c) del art. 50.1 ET exige para que prospere la causa resolutoria a instancia del trabajador basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» es necesaria la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y que a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario «ex» arts. 4.2 f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado).*

*3. En consecuencia, concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente, por lo que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos.<sup>21</sup>*

Aquí, debido a que el impago a los trabajadores es de solo un mes, no se aprecia el requisito de gravedad exigido para la concurrencia de lo recogido en el artículo 50 ET.

En conclusión, el comportamiento de los trabajadores es constituyente de un supuesto de abandono de la empresa por el que la misma puede exigir ser indemnizada por los daños y perjuicios causados.

## 6.4 CREACIÓN DE NUEVA EMPRESA Y CAPTACIÓN DE CLIENTES DE LA ANTERIOR

Una vez abandonan la empresa, como se expresó con anterioridad, los trabajadores de Augusta Nerea, S.A. crean una nueva en la misma localidad que la primera y dedicada a idéntica actividad. Además, contactan con los clientes de su antigua empleadora para que se pasen a la empresa recién creada, comunicándole en este contacto la situación de insolvencia de Augusta Nerea, S.A.

En un principio, un trabajador que abandona su empresa puede establecerse por cuenta propia dedicándose a la misma actividad, salvo que medie un pacto de no

---

<sup>21</sup> Sobre esto también STS de 13 julio 1998 (RJ 1998\5711), STS de 28 septiembre 1998 (RJ 1998\8553) o, más recientemente, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 1219/2014 de 11 septiembre (JUR 2014\277171).

competencia de los del artículo 21.2 ET. Dado que aquí nada se dice de la existencia del mismo se debe entender que en este punto la actuación de los trabajadores es lícita.

En cuanto a la captación de clientes de su anterior empresa, podría consistir en un acto de competencia desleal si indujeran a los mismos a incumplir deberes contractuales básicos. Dicho planteamiento se basa en lo dispuesto en el precepto primero del artículo 14 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC en adelante):

*1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.*

No obstante, por el tipo de negocio que lleva a cabo Augusta Nerea, S.A. –agencia de viajes- dicha infracción parece un tanto complicada. Esto se debe a que lo más común en este campo es que en la relación entre clientes y empresa no se adquieran más compromisos que organizar un viaje o unas vacaciones, sin solución de continuidad en el tiempo. Pese a ello, se podría dar si un cliente cancelase un viaje con Augusta Nerea, S.A. para organizarlo con la nueva empresa -de lo cual no nos constan datos de que haya sucedido-. Por lo demás, Augusta Nerea, S.A. no puede impedir que sus trabajadores constituyan una empresa con idéntico objeto social pues, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo –STS 823/1999 de 11 de octubre (RJ\1999\7323):

*En definitiva, hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, uno y otro de acuerdo con la ley, con las limitaciones que ésta pueda imponer. La sociedad demandante y recurrente en casación no puede impedir a un empleado suyo -codemandado- que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado: no había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena; 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.<sup>22</sup>*

Asimismo, el propio Supremo afirma en STS 383/2009 de 8 junio (RJ\2009\4573):

*Es cierto que el mero trasvase de trabajadores de una empresa a otra, aunque aprovechen en la nueva, experiencia adquirida en la anterior de igual o similar actividad, no es suficiente, por sí solo, para integrar un ilícito competencial (SS. 11 y 29 de octubre de 1.999, 1 de abril de 2.002, 26 de julio de 2.004, 28 de septiembre de 2.005 , 14 de marzo y 23 de mayo de 2.007 y 3 de julio de 2.008), siendo necesario al respecto que se produzca un aprovechamiento torticero de la información o de la clientela. En cuanto a la captación de ésta, no hay ilícito cuando se produce tal circunstancia una vez extinguido el vínculo contractual anterior (S. 24 de noviembre de 2.006); y ello es así porque, si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor. Y ello tiene pleno apoyo constitucional (arts.*

---

<sup>22</sup> Sobre esto también STS 19/2011 de 11 febrero (RJ\2011\2349) y Sentencia 244/2012 de 18 junio (JUR 2012\312961) de la Audiencia Provincial de Barcelona

35 y 38 CE) en la libre iniciativa económica y libertad de empresa, que caracterizan el sistema de economía de mercado. Pero el mecanismo por el que se arrebató la clientela del competidor ha de ser correcto, lícito, en definitiva "no desleal"; y hay deslealtad cuando se capta la clientela por medios que distorsionan los buenos usos y prácticas del mercado.

Pese a todo, en alguna sentencia como en la STS 348/2002 de 19 abril (RJ 2002\3306) o en la sentencia 272/2014 de 4 de julio de la Audiencia Provincial de Ourense (JUR\2014\213923) se apreció competencia desleal. Así, la citada sentencia del Supremo afirma:

*[...] el trasvase a favor de la demandada de la cartera de clientes de la actora, a la que se deja prácticamente vacía de contenido comercial, no obstante permanecer todavía en vigor los contratos que vinculaban a los clientes con ella; y finalmente, la evidente relación causal entre ambos hechos, al depender el uno del otro, evidencian la mala fe en todo este proceder, porque la adquisición de la práctica totalidad de tal clientela, de la que desde el primer momento dispuso la Sociedad demandada, no lo fue valiéndose de su propio esfuerzo de captación en la leal concurrencia del mercado, sino que la vino a "hurtar" de su competidora, aprovechándose conscientemente –difícilmente podía ser de otra forma– del abuso de confianza de los empleados de aquélla. En definitiva y como bien afirma concisamente la recurrida, el dato esencial que califica como desleal la conducta de los demandados no es la salida masiva de los empleados de Asersa (no existía pacto de no concurrencia) y su inmediata entrada en Asintesa, sino el llevarse consigo (torticeramente, añadimos ahora) la cartera de clientes o una gran parte de ellos, cuya significación económica no ofrece duda.*

Pese a ello, en estas dos sentencias los casos no son idénticos al actual, ya que en el primero es una empresa que no tiene relación con la que le adquiere la cartera de clientes y en el segundo solo es un administrador de la sociedad el que constituye una nueva empresa y el que se hace con la cartera clientes. Por tanto, en estos dos casos se estarían llevando clientes que no han contribuido a generar, lo cual no tiene porque ser necesariamente ilícito en virtud de los citados principios constitucionales. No obstante, menos aún lo sería en el caso de que hayan sido clientes generados por los propios trabajadores, como es el caso que se confronta. Pues aquí, parece razonable que dichos clientes puedan y quieran continuar sus relaciones comerciales con aquellas personas con las que ya mantenían contacto en las mismas como son los antiguos trabajadores de Augusta Nerea, S.A.

En cuanto al uso de los correos electrónicos de los clientes esto no parece tampoco un acto de deslealtad, siguiendo de nuevo la doctrina del Alto Tribunal, ya que éste en la STS 1032/2007 de 8 octubre (RJ\2007\6805) argumenta:

*En principio, la lucha por la captación de la clientela es lícita, y razones de eficiencia económica la justifican. La deslealtad ha de derivar de los medios utilizados, y aunque parece evidente que se han utilizado listados y documentos de la empresa en que los demandados prestaban anteriormente sus servicios, no parece que merezcan especial protección por razón de ser secretas o confidenciales.*

Esto mismo se puede aplicar respecto a los correos electrónicos cuya obtención, en el actual mundo digitalizado, se puede conseguir incluso por otras vías que por haber tenido una relación comercial.

Como último punto a analizar, aparece la cuestión de que al contactar con los clientes, los antiguos trabajadores le hayan puesto de manifiesto la crítica situación económica de Augusta Nerea, S.A. Esto podría ser un acto de denigración del artículo 9 de la LCD, en cuyo párrafo primero se recoge:

*Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.*

No obstante, en este caso las afirmaciones sobre la insolvencia de Augusta Nerea, S.A. se corresponden con la realidad. Sin embargo, la exactitud, verdad y pertinencia no solo dependen de esto. La definición de dichos conceptos en relación con la competencia desleal la da la jurisprudencia. Esta aparece, por ejemplo, en la sentencia 456/2013 de 9 diciembre de la Audiencia Provincial de Alicante (AC 2014\901):

*El precepto legal arriba transcrito permite la exceptio veritatis en el sentido de que el menoscabo del crédito en el mercado se tolera si las noticias difundidas son exactas, verdaderas y pertinentes correspondiendo la carga de la prueba al demandado según prevé el artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*La "exactitud" exige que la información difundida se corresponda con la realidad de las cosas. La "veracidad" requiere que en todo caso provoque en sus destinatarios una representación fiel de la realidad. Son "pertinentes" aquellas manifestaciones que en consideración a la naturaleza y características de las actividades, prestaciones y a las particularidades del círculo de destinatarios de las manifestaciones resulten adecuadas e idóneas para permitir la formación de sus preferencias y la adopción de decisiones conforme al principio de competencia por méritos, de modo que no son pertinentes si no son relevantes para la toma de decisiones en el mercado o si no están justificadas o son desproporcionadas.*

En el caso que se nos plantea, las afirmaciones realizadas a los clientes se estiman que sí son exactas debido a que la falta de solvencia de Augusta Nerea, S.A. es clara. Por el contrario, más problemas plantean tanto la veracidad como la pertinencia. En lo referente a la veracidad, sería contrario al precepto legal si, por ejemplo, le hiciesen creer a los clientes que Augusta Nerea, S.A. debido a sus problemas económicos no sería capaz de atender sus obligaciones con ellos cuando en realidad esto no fuere así. Asimismo, la idoneidad de las afirmaciones también depende de la capacidad que Augusta Nerea, S.A. tenga para hacer frente a las obligaciones con sus clientes, dado que por el tipo de servicio que oferta al ser una agencia de viajes los clientes suelen contratar dicho servicio –vacaciones, viajes, etc.- con cierta antelación al surgimiento de la obligación por la empresa. Así, si en el momento de dar cumplimiento a la misma, Augusta Nerea, S.A. es capaz de ello y dicha insolvencia no le afecta para ello, estas afirmaciones no serían pertinentes. En caso contrario sí lo serían. A su vez, tras la reforma de la LCD llevada a cabo por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, el artículo 5.1.g) de la LCD recogió un supuesto parecido al comentado del artículo 9 LCD. Su dicción literal tras la reforma es la siguiente:

*1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:*

*g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.*

Este artículo se adecúa también al supuesto de hecho que se plantea y en él ya se prevé que la información pueda ser correcta y se cita expresamente la insolvencia. No obstante, de nuevo el tema de debate es si dicha información lleva a error a la clientela. Como se dijo ya, no hay datos suficientes para saber esto. Pese a ello, si se concluyese que así fuera, Augusta Nerea, S.A. podría interponer contra la empresa de sus antiguos trabajadores la acción declarativa de deslealtad, la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futuro y la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. Todas ellas están recogidas en los puntos primero, segundo y quinto del artículo 32.1 LCD.

## 6.5 CONCLUSIONES

De lo expuesto se puede concluir que las acciones que podrá interponer Augusta Nerea, S.A. son las siguientes:

-Contra sus antiguos trabajadores:

-Acción por los daños y perjuicios causados por el abandono de la empresa en bloque sin ningún tipo de preaviso, al ser subsumible en un supuesto de abandono de empresa.

-Contra la empresa de sus antiguos trabajadores –siempre que se interprete que el comunicar a los clientes la falta de solvencia de Augusta Nerea, S.A. para derivar a los mismos a su nueva empresa constituye un acto que vulnera la LCD-:

-Acción declarativa de deslealtad.

-Acción cesación de conducta desleal o de prohibición de su reiteración futuro.

-Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

# FUENTES

## JURISPRUDENCIALES

STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987\5389)

STS 120/1991 de 19 de febrero (RJ 1991\1512)

STS de 26 de abril de 1991 (RJ 1991\3390)

STS de 13 julio 1998 (RJ 1998\5711)

STS de 28 septiembre 1998 (RJ 1998\8553)

STS de 25 de enero de 1999 (RJ 1999\898)

STS 823/1999 de 11 de octubre (RJ\1999\7323)

STS 496/2000 de 18 de mayo (RJ 2000\3934)

STS 2018/2001 de 3 abril (RJ 2002\6115)

STS 168/2002 de 4 marzo (RJ 2002\2421)

STS 348/2002 de 19 abril (RJ 2002\3306)

STS 902/2005 de 28 de noviembre (RJ 2006\1223)

STS 394/2007 de 4 mayo (RJ 2007\5597)

STS 1032/2007 de 8 octubre (RJ\2007\6805)

STS 383/2009 de 8 junio (RJ\2009\4573)

STS 19/2011 de 11 febrero (RJ\2011\2349)

STS 185/2012 de 28 de marzo (RJ 2012\4869)

STS 629/2012 de 26 octubre (RJ 2012\10415)

STS 412/2013 de 18 junio (RJ 2013\4632)

STS 590/2013 de 15 de octubre (RJ\2013\7253)

STS 841/2013 de 18 de noviembre (RJ 2014\3061)

STS 122/2014 de 1 de abril (RJ\2014\2159)

STS 428/2014 de 24 julio (RJ 2014\4590)

STS 631/2014 de 1 noviembre (RJ 2014\6154)

Auto del Tribunal Supremo 1120/2010 de 2 junio (JUR\2010\236449)

Auto del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010 (JUR 2010\396552)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 826/2014 de 29 abril (AS 2014\1839)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de mayo de 2006 (JUR 2012\89140)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 244/2012 de 18 junio (JUR 2012\312961)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 456/2013 de 9 diciembre (AC 2014\901)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense 272/2014 de 4 de julio (JUR\2014\213923)

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 18 de junio de 2014 (AC\2014\1052)

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 29 de julio de 2014 (JUR\2014\234953)

Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 24 de enero de 2014 (AC/2014/205)

Auto de del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 28 de agosto de 2014 (JUR\2014\234315)

## **LEGISLATIVAS**

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

### **Normas con rango de ley:**

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre por la que se aprueba el Código Penal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital.

Ley 22/2003 de 9 de julio por el que se aprueba la Ley Concursal.

Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores.

Ley 3/1991 de 10 de enero por el que se aprueba la Ley de Competencia Desleal.

### **Reglamentos:**

Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Plan General Contable.

## **BIBLIOGRÁFICAS**

ARROYO, I./ MORRAL, R., *Teoría y práctica del derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2014.

MENÉNDEZ, A./ ROJO, Á. [Dir.], *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, 11ª edición, Ed. Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2013.

MENÉNDEZ, A./ ROJO, Á. [Dir.], *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, 12ª edición, Ed. Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014.

MORENO CHAMARRO, I., *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

PRENDES CARRIL, P./ PONS ALBENTOSA, L., [Dir.], *Practicum concursal*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

RUIZ IZA, P. / BARBER MARRERO, L., [Dir.] *Cuestiones actuales sobre derecho concursal; responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, 1ª edición, Civitas, Thompson Reuters, Cizur Menor, 2014.