



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
Fin de Grado

Aspectos concursales
y societarios de la
crisis económica de
una Sociedad
Anónima

Silvia Castro García

Tutor: Xosé Manuel Carril Vázquez

Simultaneidad de Grado en Derecho y Grado en ADE

Febrero de 2015

ÍNDICE

Abreviaturas	3
Supuesto de hecho	4
I. Alternativas a la declaración de concurso	6
I.1. Introducción	6
I.2. Acuerdo extrajudicial de pagos	7
I.2.1. Consideraciones generales	7
I.2.2. Presupuestos	8
I.2.2.A) Presupuesto subjetivo	8
I.2.2.B) Presupuesto objetivo	9
I.2.3. Procedimiento	12
I.2.4. Efectos del acuerdo	13
I.2.4.A) Efectos sobre el deudor	14
I.2.4.B) Efectos sobre los acreedores	14
I.3. Acuerdos de refinanciación	16
I.3.1. Acuerdos de refinanciación ordinarios	16
I.3.1.A) Acuerdos de refinanciación colectivos	16
I.3.1.B) Acuerdos de refinanciación singulares	17
I.3.1.C) Rescindibilidad de los acuerdos de refinanciación ordinarios	18
I.3.2. Acuerdos de refinanciación homologados	19
I.4. Otras soluciones alternativas al concurso	22
I.5. Conclusiones	23
II. Desbalance entre el patrimonio y el capital social	24
II.1. Introducción	24
II.2. Razonamientos jurídicos	24
II.3. Conclusiones	28
III. Régimen de los créditos concursales	29
III.1. Introducción	29
III.2. Clasificación de los créditos de don Plácido y doña Nélica	29

III. 3. Efectos de la calificación de los créditos como subordinados	31
III.4. Conclusiones	31
IV. Las acciones de reintegración	31
IV.1. Introducción	31
IV.2. Posibilidad de ejercitar la acción de reintegración	32
IV.3. Efectos de la actuación del acreedor	33
IV.4. Conclusiones	34
V. Impugnación de acuerdos sociales y responsabilidad penal	35
V.1. Introducción	35
V.2. Impugnación del acuerdo societario	35
V.3. Procedimiento de impugnación de acuerdos societarios	37
V.4. Responsabilidades penales	40
V.4.1. Aprovechamiento de acuerdos lesivos	40
V.4.2. Administración desleal o fraudulenta / apropiación indebida ...	41
V.4.3. Falsedad documental	42
V.5. Conclusiones	43
VI. Acciones legales contra los trabajadores de Augusta Nerea, S.A.	44
VI.1. Introducción	44
VI.2. Limitaciones en el ámbito de la prestación laboral	44
VI.3. Abandono o dimisión del trabajador sin preaviso	45
VI.4. La competencia realizada por ex trabajadores y la captación de clientela	47
VI.5. Conclusiones	51
Bibliografía	53
Jurisprudencia	54

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
LC	Ley Concursal
LCD	Ley de Competencia Desleal
LMESM	Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles
LSC	Ley de Sociedades de Capital
RD	Real Decreto
S.A.	Sociedad Anónima
S.L.	Sociedad Limitada
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TRLSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

SUPUESTO DE HECHO

Don Plácido Augur y doña 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 don Plácido y doña 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.

En las siguientes líneas se tratarán de analizar las siguientes cuestiones:

I. Analizar las diversas alternativas que tiene la sociedad para evitar la declaración de concurso

II. Resolver sobre la situación de desbalance entre el patrimonio y el capital social obliga a solicitar la declaración de concurso.

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

IV. La sociedad debía 500.000 € a Almanzor, S.L. por unas obras realizadas. Almanzor solicitó 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.

Analizar las posibilidades de ejercitar con éxito acciones de reintegración por el pago realizado a Almanzor, S.L.

V. Ante la situación de crisis de la entidad, doña Nélica empieza a volcarse en mayor medida en la administración de la sociedad. El 1 de enero de 2014 descubre el acta de una junta “universal” celebrada supuestamente el 6 de septiembre de 2008, en la

que consta su firma –falsificada por don Plácido-. Pese a que en los estatutos nada se contempla sobre la retribución de los administradores, el acta recoge un acuerdo en el que se fija una retribución anual de 200.000 € a favor, exclusivamente, de don Plácido. Seguidamente, doña Nélica comprueba que don Plácido ha venido cobrando anualmente dicha cantidad.

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

VI. 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.

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

I. Alternativas a la declaración de concurso

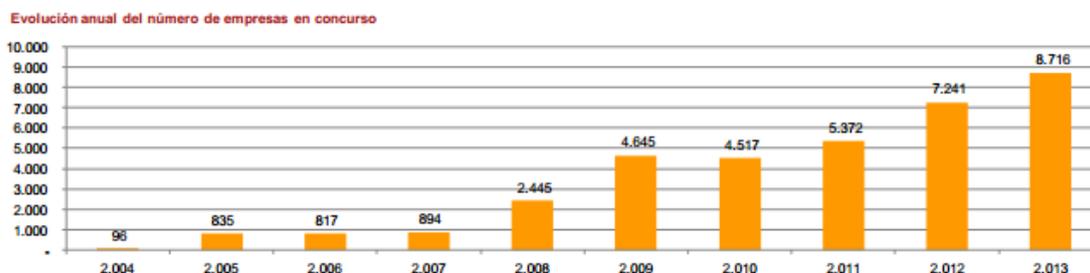
I.1. Introducción

La Ley Concursal ha querido atribuir al Derecho concursal, no solo la función típica de satisfacción de los acreedores, sino también una función adicional preventiva, a fin de evitar, según establece en su Exposición de Motivos, que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. Con ello se trata también de favorecer la continuidad de aquellas empresas cuyos problemas fundamentales sean de tesorería, así como de sustituir el procedimiento concursal, que en la mayoría de los casos suelen ser lentos y muy costosos, por aquellas soluciones más rápidas y económicas.

Así, ante estas circunstancias, el legislador ha reaccionado introduciendo en la Ley una serie de mecanismos previos al concurso, extrajudiciales y negociados, donde deudor y acreedores podrán acordar la forma más adecuada de superar la insolvencia, evitando el primero tener que solicitar el concurso, y pudiendo los segundos hacer efectivos sus créditos.

En definitiva, el objeto principal del legislador de evitar la liquidación de la empresa no ha tenido el éxito que se esperaba desde que se aprobó la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 164, de 10 de julio de 2003). Es por ello que el legislador, en plena crisis, donde las situaciones de concursales han aumentado significativamente, comenzó a percatarse de la necesidad de arbitrar este tipo de medidas, y en el año 2009 introdujo la primera reforma en la que se establecía una regulación *ad hoc* para los acuerdos de refinanciación (Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica). No obstante, se trató de una normativa laxa y poco operativa por lo que en el año 2011 (Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) se produjo de nuevo una segunda reforma de la Ley a este respecto, tratando de incentivar este tipo de acuerdos preconcursales.

Aunque muy oportunas, estas medidas siguen sin poder disminuir el número de entidades que entran en situación de concurso, un problema grave y de difícil solución, ya que cuando una empresa declara una situación concursal significa que se encuentra en una fase más cercana a la liquidación que a la continuación de su vida.



Fuente: BOE y Unidad Concursal PwC

Es por esto que, a falta de una mejora, se produce una nueva modificación en la LC con la promulgación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los

emprendedores y a su internacionalización (BOE nº 233, de 28 de septiembre de 2013), introduciendo un nuevo Título X referente a los acuerdos extrajudiciales de pagos, dirigidos a pequeños empresarios, algo que resultaba totalmente necesario si atendemos a las características del tejido empresarial español; y con el RD-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial (BOE nº 58, de 8 de marzo de 2014), desarrollando y mejorando el régimen previsto para los acuerdos de refinanciación.

A continuación se analizarán las diferentes soluciones a las que la sociedad Augusta Nerea S.A. podría optar por recurrir para evitar un posible concurso de acreedores, puesto que, siguiendo con lo expuesto en el artículo 2.3 LC, la empresa se encuentra en una situación de insolvencia inminente, ya que se prevé que el deudor no podrá llegar a cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, debido a que la sociedad ha dejado de pagar las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los dos últimos meses y a que no ha podido hacer frente al pago de los salarios de los trabajadores el último mes. Por tanto, se prevé que la empresa en un futuro no pueda seguir cumpliendo con estas obligaciones, pudiendo incurrir en una de las causas de insolvencia que expone la Ley Concursal en su artículo 2.4.4º, en el cual se dice que el incumplimiento generalizado de obligaciones tales como “[...] *las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; o las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades*” se considerará presupuesto objetivo suficiente para la solicitud de declaración de concurso, tanto voluntario¹ como necesario.

I.2. Acuerdo extrajudicial de pagos

I.2.1. Consideraciones generales

Como ya hemos comentado, la Ley Concursal ha sido objeto de modificaciones importantes desde que vio la luz en el año 2003, entre las que hay que destacar la Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 28 de septiembre.

Esta Ley, entre otras modificaciones a la Ley Concursal como son la modificación de los acuerdos de refinanciación formal regulados por la Disposición Adicional Cuarta, o una regulación más completa del procedimiento de designación del experto independiente encargado de emitir el informe sobre la viabilidad del deudor y la proporcionalidad de las garantías, ha añadido un Título X (artículos 231 a 242) en el que se regula un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios denominado por la citada ley como “*acuerdo extrajudicial de pagos*”. Este sistema se ofrece como un instrumento novedoso en fase preconcursal que pretende evitar el concurso mediante la negociación extrajudicial de un plan de pagos con los acreedores de la empresa.

¹ Auto de 7 mayo 2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz (AC 2012\2068) por el cual estimó como procedente la declaración de concurso voluntario de un deudor por concurrir las circunstancias reveladoras de la insolvencia de los apartados 1º, 2º y 4º del art. 2.4 LC, en este último caso que nos ocupa (art. 2.4.4º) por impago generalizado de créditos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de Seguridad Social en los tres meses anteriores a la solicitud de concurso.

Esta nueva herramienta jurídica se trata, en resumidas cuentas, de un pacto o acuerdo con los acreedores con la finalidad de satisfacer los créditos de los mismos, sin solicitarlo en sede judicial, aunque la LC contempla su puesta en conocimiento del Juez mercantil por los profesionales (notarios o registradores mercantiles) que designan los mediadores concursales, logrando con todo ello la extinción de las obligaciones y consiguiente liberación del deudor.

En los siguientes apartados se procederá a explicar brevemente los presupuestos que se tienen que dar para dicho acuerdo, su tramitación y contenido, así como los efectos del acuerdo.

1.2.2. Presupuestos

Para que pueda iniciarse el procedimiento dirigido a lograr un acuerdo extrajudicial de pagos en el supuesto que nos ocupa, han de darse los siguientes requisitos respecto a quién puede solicitarlo y en qué casos. El art. 231 LC recoge los requisitos o presupuestos que la sociedad Augusta Nerea, S.A. deberá cumplir para poder acogerse a esta medida.

1.2.2.A) Presupuesto subjetivo

En primer lugar, se hace necesario diferenciar entre aquellos sujetos que sí pueden negociar el acuerdo de aquellos que no.

- ***Quiénes podrán solicitar y negociar el acuerdo:***

- El empresario persona física: siguiendo con el apartado primero del artículo anteriormente mencionado, el acuerdo extrajudicial de pagos se podrá dirigir al empresario persona natural, incluyendo la Ley Concursal en esta noción no sólo a aquellos sujetos que tuvieran la condición de empresarios según la Ley mercantil (art. 1 Código de Comercio), sino que abarca, también, a los que ejerzan actividad profesional, en lo que parece una clara referencia a profesionales con título habilitante para el ejercicio de una determinada profesión (por ejemplo: abogados, médicos, arquitectos...) o los que tengan la consideración de empresarios a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. No obstante, respecto a las personas físicas no empresarios, la Ley Concursal guarda silencio, quedando éstas sin encontrar una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares.

- Personas jurídicas: en el segundo apartado del precepto, la ley indica que podrá instar el acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, por lo que podrán acogerse al acuerdo tanto las sociedades civiles, las asociaciones, fundaciones y sociedades mercantiles.

En el caso que nos ocupa, la sociedad Augusta Nerea S.A. se encuadraría dentro de este supuesto, ya que se trata de una persona jurídica, situándose más concretamente dentro de las denominadas sociedades de capital que tendrán carácter mercantil según lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Sociedades de Capital.

- ***Quiénes no podrán solicitar y negociar el acuerdo:***

- Entidades que carezca de personalidad jurídica como son las comunidades de bienes.

- Personas naturales no empresarios, por lo que estas siguen sin encontrar una alternativa al procedimiento concursal, que tampoco resulta adecuado para dar solución al sobreendeudamiento de los particulares.

- Quienes se encuentren negociando un acuerdo de refinanciación formal o hubieren solicitado la declaración de concurso y dicha solicitud hubiera sido admitida a trámite. (artículo 231.4 LC)

- En el primer párrafo de artículo 231.5 LC se dispone que no podrá negociar el deudor que tenga algún acreedor en situación de concurso que vaya a verse afectado por el acuerdo.

- No obstante, los créditos de garantía real solamente podrán incorporarse al acuerdo y verse, consecuentemente, afectados por el mismo si así lo decidieran los titulares de aquellos, comunicándose expresamente al mediador en el plazo de un mes.

- En el último párrafo del artículo 231.5 LC se establece que no podrán solicitar el acuerdo las entidades aseguradoras y reaseguradoras

- Por último, el apartado tercero del artículo 231 LC² establece una serie de prohibiciones para negociar este tipo de acuerdos, tanto a personas físicas como a personas jurídicas en general, si concurren una serie de supuestos que se citan en dicho apartado. En el caso de que la sociedad de Augusta Nerea, S.A. hubiera incurrido en alguna de estas prohibiciones, esta empresa ya no podría formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial.

1.2.2.B) Presupuesto objetivo

En cuanto a los requisitos objetivos la Ley Concursal, en su artículo 231, también diferencia según se trate de personas físicas o personas jurídicas.

- Si se trata de empresario persona física: la normativa concursal en su artículo segundo, exige que el empresario persona natural se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente y justifique, por medio de balance, que su pasivo se encuentra por debajo de los 5 millones de euros.

- Si se trata de personas jurídicas: yendo al caso que nos ocupa, el artículo 231.2 de la Ley Concursal indica que las personas jurídicas como Augusta Nerea S.A. podrá instar el acuerdo cuando se cumplan una serie de condiciones:

a) “*Se encuentren en estado de insolvencia*”: que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia en el momento de presentar la solicitud del acuerdo. El concepto de insolvencia es definido en el artículo 2.2 LC en el que se expone que “*se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”. No obstante, conviene decir que la ley no es clara en este asunto, puesto que el apartado segundo del artículo 231 LC cita textualmente entre las condiciones para instar el acuerdo la de que la persona jurídica se encuentre en estado de insolvencia, sin pronunciarse, como sí hace con el empresario persona natural, sobre

² “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”.

las que se encuentren en un estado de insolvencia inminente, que sería la situación en la que se está exactamente la sociedad Augusta Nerea S.A.

Debido al escaso tiempo que lleva la Ley en vigencia no existe todavía jurisprudencia que se pronuncie sobre este punto. Sin embargo, a este respecto algunos autores como Aznar Giner, E.³ consideran que la insolvencia de la persona jurídica debe ser actual, excluyendo la insolvencia inminente, pues, como hemos dicho, en el artículo 231.2, a diferencia del apartado primero del mismo, referente a las personas físicas, no se prevé para el deudor “*que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones*”, sino que simplemente dice “*que se encuentren en estado de insolvencia*”. Mientras que, por otra parte, Pulgar Ezquerro, J.⁴ expone que “[...] *podrán acceder, por tanto, al acuerdo extrajudicial de pagos, personas jurídicas en situación de insolvencia actual o inminente, con independencia de la forma jurídica que adopten [...]*”.

Con todo esto, se podría considerar la segunda interpretación como más acertada, puesto que, aunque la norma no señale de manera literal que la insolvencia en las personas jurídicas pueda ser actual o inminente, el artículo 2.3 LC al que remite el apartado primero del artículo 231 interpreta la insolvencia en ese sentido, debiendo extenderse a las personas jurídicas también, ya que la finalidad de la norma es que las empresas que se acojan a estos mecanismos pre concursales puedan superar las dificultades económicas a las que se enfrentan, siendo mucho más beneficiosos sus efectos aun cuando el deudor se encuentre en situación de insolvencia inminente, pues será más sencillo remover esa situación y así evitar la declaración de concurso.

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*”. Se trata de que el deudor pueda acogerse al procedimiento abreviado del artículo 190 de la Ley en caso de ser declarado en concurso. De acuerdo con el artículo, el Juez considerará que el concurso no reviste especial complejidad (y que, por tanto, puede tramitarse a través del procedimiento abreviado), atendiendo a las siguientes cuestiones:

- la lista de acreedores presentada por el deudor sea de menos de 50,
- la estimación inicial del pasivo no supere los 5.000.000 euros, y
- la valoración de bienes y derechos no alcance los 5.000.000 euros.

Dado que la Ley no es clara en este punto, diversas reuniones de magistrados de lo mercantil han tratado de aclarar este aspecto en su afán de responder a la necesidad evidente de unificar la interpretación que se da en la práctica a la Ley Concursal. De esta forma, siguiendo con lo establecido en las conclusiones de los Jueces de lo mercantil de Cataluña sobre algunos aspectos de la declaración del concurso y del procedimiento abreviado después de la reforma de la Ley Concursal por la Ley

³ AZNAR GINER, E., *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 320.

⁴ PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 20, LA LEY grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 57.

38/2011⁵, así como en lo dispuesto en reuniones posteriores como las Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales de 11 de octubre de 2013⁶, podemos decir que bastará con que concurran al menos alguno de los supuestos recogidos en el art. 190.1 de la Ley Concursal para que se cumpla el requisito de ausencia de complejidad.

En el caso que se trata de analizar no se ofrecen datos suficientes para que se pueda considerar cumplida o no este requisito, no obstante supondremos satisfechas estas condiciones para poder seguir analizando esta alternativa al concurso.

c) *“Que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo”*. El deudor deberá soportar los gastos que surjan de dicho acuerdo (como puede ser el coste que supone la retribución futura del mediador concursal, comunicaciones, publicidad del acuerdo, etc.), reclamando el legislador una mínima capacidad patrimonial para ello. En cuanto a este aspecto, no disponemos de información de la cuantía ni de los distintos tipos de activos líquidos financieros que posee la empresa. El efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos se indicarán en la solicitud del acuerdo (art. 232 LC).

d) Por otro lado, aparte de una capacidad para soportar los gastos del acuerdo, la Ley también condiciona la iniciación del expediente a *“que el 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”*. Se trata, por tanto, de una estimación que, dado que se exige que se haga en el momento inicial del expediente, será realizada por el propio deudor, siguiendo con los términos establecidos en el citado artículo. Es una previsión basada en distintos factores como son, por una parte, que el deudor cuente con un patrimonio actual que permita lograr el acuerdo, lo cual habría que analizar, ya que la empresa se encuentra en una situación de desequilibrio patrimonial; mientras que, por otra parte, que el deudor cuente también con unos ingresos previsibles que permitan aumentar las posibilidades de éxito, hecho que sí cumple la empresa, puesto que la sociedad alega que las ventas van a experimentar un aumento tras la puesta en marcha de un plan de marketing para el lanzamiento de un nuevo servicio, que ya ha comenzado a ofrecer, destinado a organizar el viaje y la estancia en el extranjero de escolares y estudiantes universitarios. Se ha de conseguir con esto, formular un plan de pagos de los créditos en el que la espera o moratoria no supere los tres años y en el que la quita o condonación no sea superior al 25 por ciento del importe de los créditos. A su vez, este plan deberá acompañarse de un plan de viabilidad (que como ya hemos dicho la sociedad Augusta Nerea podrá basarlo en el nuevo servicio que está comenzando a ofertar, el cual podría llegar a asegurar la

⁵ “Conclusiones de los jueces de lo Mercantil de Cataluña sobre algunos aspectos de la Declaración del concurso y del Procedimiento abreviado después de la reforma de la Ley concursal por la Ley 38/2011” en *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 17, Madrid, LA LEY grupo Wolters Kluwer, 2012, 355-359.

⁶ “Conclusiones de la reunión de magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales de 11 de octubre de 2013” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 20, LA LEY grupo Wolters Kluwer, 2013, Sección Documentos e informes, Julio-Diciembre. Recuperado de <http://goo.gl/6TML5c>

rentabilidad del negocio en el tiempo), una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones y una propuesta de la negociación de los créditos y préstamos.

1.2.3. Procedimiento

La tramitación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos se inicia, siguiendo con el nuevo artículo 232 de la Ley Concursal, con la solicitud del deudor de nombramiento del mediador concursal dirigida al Registro Mercantil de su domicilio de A Coruña (artículo 232.3 LC). Esto es así puesto que se trata de una sociedad inscribible de acuerdo con el artículo 81 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Para el caso, al tratarse de una persona jurídica como es Augusta Nerea, S.A., la decisión sobre tal solicitud será competencia del órgano de administración de la entidad, o el liquidador en su caso, siendo cuanto menos extraño, en este último supuesto, que una entidad en proceso de liquidación que está destinada a su extinción no se hubiere encuadrado dentro de los casos del artículo 231 que no pueden solicitar ni negociar el acuerdo, puesto que es muy evidente que no podrán cumplir con el plan de viabilidad que deberá acompañar al plan de pagos que exige el artículo 236 (Sánchez Magro, A.⁷). La Ley guarda silencio respecto de los acreedores, por lo que debe entenderse que carecen de legitimación para iniciar y tramitar dicho procedimiento.

En el segundo apartado del artículo 232 se establece el medio a través del cual la entidad Augusta Nerea, S.A. realizaría la solicitud del acuerdo que será mediante una instancia suscrita por el deudor, mientras que en el contenido de la solicitud deberá expresarse el efectivo y los activos líquidos de que dispone, la relación de los bienes y derechos de los que sea titular el deudor, identificación de los ingresos regulares previstos por el deudor, así como 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.

Posteriormente el mediador concursal será una persona natural o jurídica inscrita en el nuevo Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia y será escogido de entre un listado oficial, emitido por el citado registro, que será publicado en el portal correspondiente del Boletín Oficial del Estado, debiendo cumplir la condición de abogado, economista o auditor con al menos cinco años de experiencia profesional efectiva. Además, deberá reunir las condiciones exigidas por la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (artículo 233 LC).

Una vez que el mediador propuesto acepte el cargo, el Registrador Mercantil al que se le hubiere solicitado la designación comunicará de oficio la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso. Por su parte, el artículo 234 LC expone que el mediador concursal, en el plazo de diez días naturales desde su aceptación, comprobará la existencia y cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por aquel, siempre y cuando puedan resultar afectados por el acuerdo (con exclusión en todo caso de los acreedores de derecho público) a una reunión para alcanzar un plan de pagos.

⁷ SÁNCHEZ MAGRO, A., “Acuerdo extrajudicial de pagos” en *Practicum concursal*, PRENDES CARRIL, P. y PONS ALBENTOSA, L. (Dir.), PASTOR GARCÍA, D. y PRENDES FIGUEIRAS, L. (Coords.), Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2014, pp. 925-927.

Tan pronto sea posible y, en cualquier caso, con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal deberá remitir a los acreedores el plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el cual la espera no podrá superar los tres años, mientras que la quita no podrá ser superior al 25% del importe de los créditos. Además, dicho plan tendrá que ir acompañado de un plan de viabilidad y un plan de continuación de la actividad, así como de una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones y de negociación de las condiciones de los préstamos que podrán consistir en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas. Dichas propuestas de acuerdo podrían ser objeto de negociación y modificación en el plazo de diez días naturales posteriores al envío de la misma (artículo 236 LC).

No obstante, el apartado cuarto de dicho precepto expone que si tras el envío del plan de pagos los acreedores que representen la mayoría del pasivo, que en este supuesto entendemos que la compañía mayorista y la entidad de crédito son sus dos mayores acreedores, decidieran, en el plazo de los 10 días naturales anteriormente mencionado, no continuar con la negociación, el mediador concursal estaría obligado a solicitar el concurso.

El mediador también deberá solicitar el concurso si el plan fuera rechazado en la reunión, o en caso de que resultase aprobado éste fuera posteriormente incumplido por la entidad.

Siguiendo con el artículo 238 LC, la mayoría necesaria para la aprobación del plan de pagos será del 60 por ciento del pasivo o del 75 por ciento en el caso de que se incluyan daciones en pago. Cabe añadir que para el cómputo del quórum la Ley tiene en cuenta solo aquellos acreedores afectados por el plan de pagos. Es por ello, que los acreedores están obligados a asistir a la reunión convocada por el mediador, salvo aquellos que ya se hubieran pronunciado a favor o en contra del plan con anterioridad. No obstante, quienes no asistieran o no se manifestaran antes a favor o en contra, sus créditos se convertirán en subordinados en un posible futuro concurso (salvo acreedores con garantía real).

Finalmente, en caso de aprobación del plan y, con ello, del acuerdo extrajudicial, ninguno de los acreedores afectados por él podrá iniciar o continuar ejecuciones por deudas anteriores a la publicación del inicio del expediente.

En cuanto a la formalización y publicidad, el acuerdo se elevará a escritura pública, inscribiéndose, en nuestro caso al ser persona jurídica, en el Registro Mercantil, además de ser objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal.

1.2.4. Efectos del acuerdo

La iniciación del expediente provoca una serie de efectos, recogidos en el artículo 235 LC, que se producirán en momentos diferentes dependiendo de los sujetos sobre los que recaigan.

1.2.4.A) Efectos sobre el deudor

Tras la solicitud de apertura del expediente del acuerdo, Augusta Nerea, S.A. podría continuar con su actividad empresarial, no obstante, hay que tener en cuenta que estaría sometida a una serie de restricciones que dificultarían su labor.

Por una parte, se prohíbe al deudor solicitar créditos y se le obliga a la devolución de las tarjetas de crédito, sin posibilidad de utilizar medios electrónicos de pago. Se entiende con ello, que el legislador pretende evitar que se incrementen las situaciones de endeudamiento. Además, por otra parte, estas restricciones pueden entrañar mayores dificultades en el caso de personas jurídicas, puesto que en la actualidad en el tráfico comercial el medio de pago más utilizado es la transferencia bancaria, por lo que esta limitación para proteger a los acreedores de la sociedad podría convertirse más bien en una amenaza a la continuación de la empresa y, por tanto, una muerte anunciada del acuerdo extrajudicial de pagos que abocaría inmediatamente a una declaración de concurso.

Por otra parte, la sociedad no podría ser declarada en concurso mientras se encuentre negociando el acuerdo extrajudicial de pagos.

1.2.4.B) Efectos sobre los acreedores

Los efectos del inicio del acuerdo extrajudicial de pagos serán diferentes según nos encontremos ante acreedores de créditos sin garantía real, acreedores con garantía real o acreedores de derecho público.

En caso de acreedores de la sociedad que carezcan de garantía real, a partir de la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos, siguiendo con lo expuesto por el magistrado del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca, Fernández González, V.⁸, la principal consecuencia o efecto que se produce es la novación de los créditos afectados por dicho acuerdo, puesto que quedarán aplazados y remitidos en los términos que se hubieren pactado.

Por otra parte, estos acreedores no podrán iniciar ni continuar ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo, por un plazo máximo de tres meses (que deberán computarse desde el momento de la publicación de la apertura del expediente, tal y como se desprende del artículo 235.2 LC), así como tampoco mientras dure el acuerdo extrajudicial de pagos, puesto que, como indica 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, pudiendo el deudor solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado”. No obstante, se cuestionó si se podían adoptar como medidas cautelares la de ordenar la prohibición de iniciarse o continuarse ejecuciones singulares sobre el patrimonio del deudor en tanto en cuanto se formaliza el expediente notarial de nombramiento de mediador concursal para alcanzar un acuerdo extrajudicial

⁸ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., “La toma de decisión del acuerdo extrajudicial de pagos por los acreedores, efectos y su impugnación”, en *Cuestiones actuales sobre derecho concursal; responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, RUIZ DE IZA, P., BARBER MARRERO, (Dir.), Civitas, Thompson Reuters, Navarra, 2014, p. 337.

de pagos. Ante este dilema, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona dictó un Auto⁹ en el que exponía lo siguiente:

“la demora en el nombramiento de mediador y en la publicación de la apertura del expediente quiebra con los principios de celeridad y flexibilidad que prevé el preámbulo de la Ley de Emprendedores, sin que la Ley de Emprendedores introduzca ningún mecanismo de tutela cautelar del deudor frente a estas demoras que no le son imputables. [...] Aun así con todo, debe tenerse en cuenta que la nueva redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal no permite instrumentos de protección frente a las solicitudes de concurso necesario a los deudores que hayan iniciado un procedimiento extrajudicial de pago hasta que no se haya producido la aceptación del mediador; por lo tanto, constatada la situación de insolvencia del deudor y constatada la pluralidad de acreedores, cualquier acreedor podría instar el concurso necesario en ese intervalo de tiempo. Es por ello que la suspensión cautelar de las ejecuciones pendientes se debe considerar como un instrumento de protección de la masa activa y un mecanismo para evitar situaciones de desequilibrio entre acreedores que, publicado el expediente notarial o declarado el concurso, tendrían la misma condición. Por lo que en definitiva parece razonable forzar la interpretación de la Ley concursal y permitir la anticipación de alguno de los efectos de la publicación del expediente extrajudicial en una situación tan excepcional como la presente”.

No obstante, si finalmente no se llegara a alcanzar un acuerdo con los acreedores de Augusta Nerea, S.A., el mediador concursal tendrá la obligación de solicitar la inmediata declaración de concurso de la entidad antes de que transcurra el plazo de los tres meses para la iniciación o continuación de las ejecuciones singulares por parte de los acreedores afectados por dicho acuerdo, puesto que éstas en el seno del concurso tendrán que estar paralizadas en virtud del artículo 55 LC.

En cuanto a los efectos sobre los acreedores de créditos con garantía real y créditos de derecho público, estos podrán quedar exonerados del cumplimiento de la norma del 235.2 LC. Concretamente, los acreedores con garantía real podrán iniciar o continuar con las ejecuciones singulares pero, si así fuese, no podrán participar en el acuerdo, mientras que, por lo que respecta a los acreedores de derecho público, el párrafo segundo del artículo 231.5 recoge claramente que no se verán afectados en ningún caso por el acuerdo extrajudicial.

Aquellos acreedores que dispongan de una garantía personal podrán ejercitarla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido, sin poder proceder los garantes a invocar la solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante de la garantía

Por último, es necesario decir que, desde que se produce la publicación de la apertura del expediente, aquellos acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo extrajudicial no podrán llevar a cabo ningún acto destinado a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común como pueden ser operaciones de compensación de obligaciones.

⁹ Auto de 24 enero 2014 (AC 2014\205)

I.3. Acuerdos de refinanciación

Como ya se ha expuesto, la finalidad del legislador con la introducción de estos acuerdos es conseguir que el deudor insolvente, o en situación de insolvencia inminente, alcance un acuerdo con la mayoría de sus acreedores financieros para la refinanciación de los créditos y evitar así la declaración de concurso. Se trata de favorecer la continuidad de aquellas empresas cuyos problemas fundamentales son de liquidez, substituyendo además el costoso y lento procedimiento de concurso por soluciones ágiles y económicas.

El Real Decreto-Ley 3/2009 introdujo la primera solución reglada a las refinanciaciones mediante la inclusión de la Disposición Adicional 4ª que incorporaba la protección contra posibles acciones rescisorias. La segunda reforma operada por la Ley 38/2011 añadió el artículo 5 bis (que ha vuelto a ser modificado por el RD-Ley 4/2014) en el que se encuentra el principal marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación. No obstante, tales acuerdos no están acotados a dicho precepto, puesto que la Ley Concursal hace alusión a los mismos en varios de sus artículos como son el 71 bis en el que se reubicaron las acciones rescisorias y su protección, dejando la Disposición Adicional 4ª para la posible homologación judicial de los acuerdos.

En todo caso, los mencionados preceptos omiten cualquier tipo de regulación respecto al contenido de los acuerdos, que serán fijados de común acuerdo por las partes

En las sucesivas reformas de la Ley concursal se han ido introduciendo dos modalidades principales de acuerdos entre los que están los acuerdos de refinanciación homologados y los acuerdos de refinanciación ordinarios. No obstante, tras la reforma introducida por el RD-Ley 4/2014 y siguiendo con lo expuesto por Ángel Rojo (2014)¹⁰ podemos establecer, a su vez, dentro de los acuerdos de refinanciación ordinarios aquellos llamados colectivos (artículo 71 bis.1 LC) y los no colectivos o singulares (artículo 71 bis.2 LC).

A continuación se analizarán las distintas categorías de acuerdos con la finalidad de analizar las cuestiones que atañan al caso de la sociedad.

1.3.1. Acuerdos de refinanciación ordinarios

Un acuerdo de refinanciación es un simple acuerdo entre el deudor y algunos, o la mayoría, de sus acreedores, pero que no constituye un convenio de masa, de forma que no obliga a los no firmantes. Dentro de estos, la normativa incluye los siguientes.

1.3.1.A) Acuerdos de refinanciación colectivos

El régimen de los acuerdos de refinanciación colectivos se corresponde básicamente con el de los acuerdos de refinanciación que existía antes de la reforma introducida por el Real Decreto Ley 4/2014. La finalidad de estos acuerdos consiste en facilitar la continuidad de la actividad empresarial mediante acuerdos que alcancen a la mayor parte del conjunto del pasivo del deudor.

Estos acuerdos deben reunir una serie de condiciones previstas en la norma (artículo 71 bis.1). En primer lugar, los acuerdos de refinanciación colectivos han de implicar una ampliación significativa del crédito disponible, o la modificación o extinción de las

¹⁰ ROJO, A., *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. (Dir.), APARICIO, M.L. (Coord.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2014, pp. 597-598.

obligaciones mediante el aplazamiento o la sustitución de la deuda preexistente y han de contar con un plan de viabilidad razonable para resolver la situación del deudor y dar continuidad a la actividad empresarial. Las garantías que se otorguen en virtud de los acuerdos de refinanciación colectivos han de ser proporcionadas y el contenido del acuerdo se debe corresponder con las condiciones de mercado.

Otra de las condiciones que se exigen es que el acuerdo de refinanciación colectivo ha de ser suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo de la sociedad en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación (de ahí que se hable de acuerdos de refinanciación colectivos, ya que vienen referidos a una pluralidad de acreedores), como seguramente representarán en este caso sus dos principales acreedores nombrados en el supuesto.

En tercer lugar, la reforma de 2014 introduce la novedad de exigir la presentación de un informe por el auditor de cuentas de la sociedad o por un auditor nombrado al efecto por el Registrador mercantil del domicilio del deudor en el que se acredite que la participación en el acuerdo de los acreedores supera el umbral exigido para la celebración de los acuerdos de refinanciación colectivos. Una vez adoptado el acuerdo de refinanciación se ha de elevar a instrumento público.

No obstante, la presentación de un informe por un experto independiente nombrado al efecto por el Registrador mercantil sobre la razonabilidad del acuerdo de refinanciación y del plan de viabilidad y sobre la proporcionalidad de las garantías deja de ser un requisito necesario y se convierte en una opción que se puede incorporar o no al acuerdo de refinanciación para asegurar el cumplimiento de las condiciones económicas que justifican que el acuerdo alcanzado sea adecuado.

1.3.1.B) Acuerdos de refinanciación singulares

Los acuerdos de refinanciación singulares del artículo 71 bis.2 de la Ley Concursal fueron introducidos por el Real Decreto Ley de 2014 para tratar de dar protección a aquellos actos que no puedan ser introducidos en los acuerdos colectivos. Estos acuerdos están concebidos para favorecer la concesión de crédito a los deudores, que como Augusta Nerea, S.A, tienen dificultades para obtenerlo, mediante la adopción de acuerdos bilaterales, por ejemplo con la compañía mayorista o con la entidad de crédito. En esta clase de acuerdos, los requisitos objetivos son de especial importancia y es por ello que se regulan con gran detalle con la finalidad de asegurar la razonabilidad del acuerdo y, sobre todo, que el acreedor que otorga la financiación no obtenga ventajas injustificadas. Es por ello, que para que la sociedad pudiera llevar a cabo el acuerdo de refinanciación éste habrá de suponer una ampliación de la financiación y/o una reducción del pasivo de forma que se produzca un incremento de la proporción entre el activo y el pasivo. En segundo lugar, se exige que el acuerdo de refinanciación conlleve un aumento de la liquidez de manera que permita al deudor hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones regularmente en el plazo de un año. La norma establece literalmente que, como resultado del acuerdo alcanzado, el activo corriente debe ser superior al pasivo corriente, esto es, los activos que se vayan a realizar en un plazo inferior a un año deben ser superiores a los pasivos que vayan a vencer en ese plazo. Esta medida se corresponde con la previsión de que el deudor que haya presentado una comunicación de que se encuentra en estado de insolvencia, a los efectos de suspender el deber de solicitar el concurso y paralizar el ejercicio de las acciones individuales, no puede presentar una nueva comunicación en el plazo de un año (artículo 5.6 bis LC). En tercer lugar, la reforma prevé que el tipo de interés de la deuda

subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no puede exceder en un tercio al tipo aplicable a la deuda contraída previamente. Esto es así porque en los supuestos en los que un deudor atraviesa una situación de dificultades económicas resulta normal que los acreedores exijan un mayor interés en contrapartida del mayor riesgo que asumen, pero esta situación del deudor también propicia que se puedan producir abusos en la concesión de crédito.

En el caso de que el acuerdo de refinanciación prevea el otorgamiento de garantías a favor del acreedor, se establece que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los 90% del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de las garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo, es decir, se dispone que la nueva financiación, entregada en virtud del acuerdo de refinanciación, debe mantener la proporcionalidad que tuvieron las garantías sobre deuda pendiente con anterioridad al acuerdo. El objetivo de esta medida sería evitar que el acreedor pueda ver mejorada su situación como consecuencia del acuerdo que se adopte.

Como último requisito formal, se prevé expresamente en la norma que, con el fin de garantizar la validez de la celebración de los acuerdos de refinanciación singulares, se el acuerdo se eleve a instrumento público en todo caso, con independencia de que se otorguen o no garantías reales que lo hicieran necesario y con constancia expresa de las razones que justifican, económicamente, los actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores que intervienen, además de acreditar el cumplimiento de las condiciones establecidas para la celebración de los acuerdos de refinanciación singulares.

1.3.1.C) Rescindibilidad de los acuerdos de refinanciación ordinarios

Uno de los objetivos fundamentales del régimen de los acuerdos de refinanciación consiste en asegurar la eficacia de estos acuerdos incluso en los supuestos de concurso del deudor posterior a su celebración. La Ley establece que no son rescindibles los acuerdos de refinanciación, así como los negocios, actos y pagos y las garantías otorgadas constituidas en ejecución de esta clase de acuerdos, siempre y cuando éstos reúnan las condiciones y requisitos previstos en la norma (art. 71 bis.1 LC).

De esta forma, únicamente serán susceptibles de impugnación aquellos acuerdos en los que se incumplan las condiciones y requisitos ya expuestos, restringiéndose la legitimación para la impugnación de los acuerdos de refinanciación a la administración concursal y se excluye expresamente la legitimación subsidiaria de los acreedores (art. 72.2 LC). Por tanto, una vez declarado el concurso, únicamente la administración concursal tiene legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria concursal, pero, también, para el ejercicio de las acciones rescisorias ordinarias así como para las demás acciones de impugnación a las que se refiere el artículo 71.6 de la Ley Concursal¹¹, como la acción de nulidad, la de anulabilidad o la de simulación de los acuerdos de refinanciación.

¹¹ “6. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente”.

1.3.2. Acuerdos de refinanciación homologados

En el régimen de los acuerdos de refinanciación homologados ordinarios se han introducido algunas novedades relevantes en relación con el régimen anterior. El Real Decreto Ley 4/2014 modifica la Disposición Adicional 4ª y establece que la mayoría exigida para la adopción de los acuerdos de refinanciación homologados se rebaja al cincuenta y uno por ciento del total del pasivo financiero del deudor. Además, la propia Disposición define a los acreedores de este tipo de acuerdos como “*los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera*”. El endeudamiento financiero se delimita, por tanto, de una forma más amplia. No obstante, quedan “*excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público*”.

En la determinación de la mayoría exigida no se computan los pasivos financieros que sean titularidad de acreedores que tengan la condición de personas especialmente relacionadas con la empresa en virtud del artículo 93.2 LC¹², como es el caso de los dos únicos socios de la entidad (Plácido y Nélica), cuyo préstamo realizado a la sociedad no se computará como pasivo a efectos de la determinación de dicha mayoría, si bien podrán quedar afectados por la homologación. Los acreedores que no sean titulares de pasivos financieros, salvo los créditos de Derecho público, pueden adherirse voluntariamente al acuerdo de refinanciación, pero estas adhesiones no se toman en consideración a los efectos del cálculo de las mayorías.

Al igual que los acuerdos de refinanciación colectivos, los acuerdos de refinanciación homologados ordinarios han de suponer una ampliación significativa del crédito disponible o modificación o extinción de las obligaciones mediante el aplazamiento o la sustitución de la deuda preexistente y han de contar con un plan de viabilidad razonable para resolver la situación de crisis del deudor, así como también se requiere la certificación de mayorías por el deudor de cuentas y que el acuerdo se haya formalizado en documento público. También se permite en este caso que la sociedad deudora o sus acreedores puedan solicitar el nombramiento de un experto independiente para que emita informe.

Siguiendo con el apartado cinco de la Disposición Adicional 4ª y en relación con el artículo 8 LC, la competencia para conocer de la homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración de concurso de

¹² “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.*

3.º *Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado”.*

acreedores. No obstante, tal y como se pronuncia el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona en su Auto de 28 agosto 2014 (JUR 2014\234315), 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 en el apartado primero, tal como dispone de manera imperativa el apartado seis.

La presentación de la solicitud se ha de hacer por la sociedad deudora acompañada del acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías exigidas en cada caso, de los informes que se hubieran emitido por expertos independientes y demás certificaciones, tasaciones o informes emitidos previstos en la norma.

El juez una vez examinada la solicitud y admitida a trámite mediante providencia, declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se resuelva sobre la homologación. Una vez admitida la solicitud de homologación se procede a su publicación por el secretario judicial en el Registro Público Concursal, con la indicación expresa de que el acuerdo de refinanciación se encuentra a disposición de los acreedores en el Juzgado de lo mercantil para su conocimiento.

Una vez analizado el contenido de la solicitud, la resolución judicial de homologación se ha de otorgar por el trámite de urgencia en el plazo de quince días, revistiendo la forma de sentencia, siempre que el acuerdo de refinanciación reúna los requisitos exigidos y acreditados por la documentación que se ha de acompañar a la solicitud. La resolución judicial se hace pública mediante un anuncio en el Registro Público Concursal y en el Boletín Oficial del Estado.

En cuanto a la posibilidad de impugnar la homologación judicial del acuerdo, el apartado 7 de la Disposición Adicional 4ª dispone que en el plazo de quince días siguientes a la publicación de la homologación, los acreedores de pasivos financieros que se vean afectados por la homologación judicial y que no hubieran suscrito el acuerdo de refinanciación o se hubieran opuesto, podrán impugnar la resolución. Los motivos de la impugnación están limitados, ya que únicamente pueden consistir en la concurrencia de las mayorías exigidas y en el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor que presenta la impugnación. Respecto a esto último, la Ley no define ni jurídica ni económicamente el llamado sacrificio desproporcionado al acreedor disidente, por lo que se traslada al juez mercantil el control o valoración inicial de ese sacrificio, el cual ha de ser probado por el acreedor disidente. Sobre esto, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona recurrió en su sentencia de 29 de julio de 2014 (JUR 2014\234953) a una interpretación de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo con el fin de establecer algunos parámetros objetivos para apreciar si hay o no sacrificio para el acreedor disidente y si ese sacrificio es proporcionado o desproporcionado. En dicha recomendación se establecían dos pautas fundamentales para considerar la desproporción:

- La reducción de los derechos de los acreedores debe ser proporcional a las ventajas de la restructuración;
- Los sacrificios que se impongan a los acreedores disidentes tienen como límite las expectativas que pudieran tener en caso de no producirse la restructuración.

En lo que respecta a los efectos de la homologación, cabe decir, en primer lugar, que la norma establece la imposibilidad de rescisión de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente (Disposición Adicional 4ª.13). De esta forma, y a diferencia de lo que ocurría en los acuerdos ordinarios, los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente no podrán ser objeto de rescisión concursal, salvo que, al igual que en el caso de los acuerdos ordinarios, se traten de acciones de impugnación de actos del deudor como las acciones de nulidad o de anulabilidad que procedan conforme a derecho según lo dispuesto en el artículo 71.6 Ley Concursal. No obstante, en este último caso sólo podrán ejercer estas acciones de impugnación la administración concursal (artículo 72.2 LC).

En segundo lugar, otra de las novedades relevantes de la reforma de 2014 consiste en la posibilidad de extender determinados efectos de los acuerdos de refinanciación alcanzados por una mayoría cualificada del pasivo financiero a los acreedores con pasivos financieros e incluso con pasivos financieros garantizados que no hubieran suscrito el acuerdo de refinanciación en virtud de la homologación. De esta forma, se abre la vía para alcanzar acuerdos que hagan posible la continuidad de la empresa mediante la vinculación del conjunto del pasivo financiero al contenido del acuerdo. Respecto a esto la norma diferencia dos situaciones:

- 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 cuyo caso si el acuerdo ha sido suscrito por al menos un 60 por ciento del pasivo financiero serán extensivos los efectos de las esperas y de la conversión de deuda en préstamos participativos hasta un plazo de cinco años. No obstante, si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por ciento del pasivo financiero, los efectos de las esperas serán extensivos a los acreedores disidentes del acuerdo con un plazo igual o superior a 5 años, pero inferior a 10, mientras que las quitas y la conversión de la deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora se podrán establecer sin límite. Además, también se puede convertir deuda en préstamos participativos, 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, por un plazo de hasta diez años. Por último, también serán extensivos a estos acreedores disidentes la posibilidad de ceder bienes o derechos a los mismos en pago de la totalidad o parte de la deuda.

- Los acreedores disidentes que sí gocen de garantía real, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía se verán sometidos a los mismos efectos que en el caso anterior, con la variación de que para que se produzca la extensión es necesario que el acuerdo hubiera sido suscrito por un 65 por ciento del pasivo financiero, en vez de un 60 en el caso anterior, mientras que para los efectos que en el apartado anterior precisaban de un 75 por ciento, ahora se pide un 80 por ciento.

Para finalizar, en caso de incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado por parte del deudor, el apartado 11 de la Disposición Adicional 4ª establece que *“cualquier acreedor adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un*

procedimiento equivalente al incidente concursal¹³, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma”.

Una vez declarado el incumplimiento, “los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación”.

I.4. Otras soluciones alternativas al concurso

Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles constituyen, en principio, una alternativa a la declaración de concurso cuya normativa reguladora se encuentra en la Ley 3/2009, de 3 de abril de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. La doctrina las define como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, pudiendo determinar, aparte del traslado internacional del domicilio, el cambio de tipo social inicialmente elegido (transformación), la integración de unas sociedades en otras (fusión), su división (segregación o escisión), o la cesión global del activo y pasivo.

La modificación estructural puede ser una solución de la insolvencia tanto si la sociedad en crisis es la transmitente en la medida en que transmitirá todo o parte de su activo y de su pasivo a otra sociedad, como si es la adquirente, en la medida en que la adquisición de una empresa por parte de una sociedad insolvente puede mejorar su situación e incluso poner fin al estado de insolvencia.

Estas son las principales operaciones posibles para Augusta Nerea, S.A.:

A) Fusión: la sociedad en crisis puede participar en una fusión, que es el traspaso por sucesión universal de todo el patrimonio y, por tanto, de la empresa, a otra sociedad (única), ya sea constituyendo una nueva (fusión por constitución) o sea absorbida por una ya preexistente (fusión por absorción), traspasando también los socios. Habrá que distinguir si la sociedad en crisis es la que transmite o la que adquiere (absorbente).

B) Escisión: dentro de esta operación Augusta Nerea, S.A. tiene tres opciones, por un lado puede participar en una escisión total, que siguiendo con el artículo 69 de la LMESM consiste en la extinción de la sociedad, dividiendo todo su patrimonio en dos o más partes y transmitiéndose cada una de las cuales se en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o sea absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde. Por otro lado, la sociedad en crisis puede realizar también una escisión parcial, transmitiendo por sucesión universal una o varias partes de su patrimonio a cambio de acciones o participaciones para los socios (artículo 70 LMESM). Finalmente, la segregación consistiría, según el artículo 71 de la citada ley, en el traspaso en bloque por sucesión universal de una parte de su patrimonio de la empresa a cambio de acciones o de participaciones que serán titularidad de la propia sociedad segregada. Las dos últimas operaciones pueden ser una al problema de la insolvencia, en la medida en que pueden permitir desgajar la parte de la empresa, que constituya una unidad

¹³ El incidente concursal es un procedimiento especial a través del cual se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso que no tengan señalada en la LC otra tramitación distinta.

económica, más afectada por la crisis, que sería absorbida por otra empresa, no obstante, en nuestro caso, la sociedad en conjunto está afectada por la crisis, por lo que, en este caso, Augusta Nerea, S.A. debería optar por la escisión total, encontrando alguna sociedad capacitada para soportar sus deudas e interesada en la oportunidad de negocio que ofrece.

C) Cesión global de activo y pasivo: siguiendo con el artículo 81 LMESM esta operación 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. La sociedad quedaría extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios.

I.5. Conclusiones

La finalidad de estas soluciones preconcursales es, como ya se ha dicho, facilitar la continuidad de la empresa que se encuentra en una situación de dificultades económicas mediante acuerdos del deudor con sus principales acreedores que permitan llevar a cabo una reestructuración de la empresa, de los fondos propios y del pasivo.

En cuanto a los acuerdos extrajudiciales de pago, pese a que si se alcanza la aprobación del acuerdo, se evita iniciar el costoso trámite del concurso por la vía de la Ley concursal, posee a la vez numerosos obstáculos difíciles de salvaguardar. Por una parte, se requiere el voto favorable del 60% del pasivo, y en el caso de existir daciones en pago, el 75%, lo que dificulta enormemente conseguir el acuerdo; no hay intervención judicial, por lo que el acuerdo extrajudicial no se somete al control de legalidad; por otro lado, inexplicablemente el legislador pone fuertes cortapisas a esta continuación de la actividad del deudor, impidiéndole solicitar préstamos o créditos, ordenando la devolución a las entidades de las tarjetas de crédito de las que sea titular y la abstención de la utilización de medios de pago electrónicos; además, en caso de imposibilidad de alcanzar el acuerdo o por incumplimiento del plan de pagos, el mediador deberá instar el concurso consecutivo (artículo 242.1 LC), por lo que abrirá directamente la fase de liquidación del concurso. No existe la posibilidad de reconducir el proceso a la vía concursal para intentar alcanzar un convenio dentro del proceso concursal (artículo 242.2).

Todo esto, unido a que la Ley contempla una serie de hechos o circunstancias que impiden que pueda alcanzarse un acuerdo por más que concurren los presupuestos necesarios, este acuerdo se presenta como medidas que chocan frontalmente con esa voluntad de continuación que pretende la ley.

En cuanto los acuerdos de refinanciación, la empresa deberá cumplir también una serie de requisitos específicos. No obstante, con la última reforma, los presupuestos para su adopción son más flexibles y se amplía las posibilidades de suscribir un acuerdo de refinanciación. Una de sus mayores ventajas es la posibilidad de imponer los acuerdos de refinanciación incluso a los titulares de créditos financieros garantizados, además de proporcionar la opción de optar por una determinada tipología de acuerdos preconcursales para facilitar la adaptación a las diferentes situaciones que se pueden plantear.

Así es que el acuerdo de refinanciación se presenta como una solución ventajosa para la sociedad, pudiendo decantarse, en caso de lograr cumplir con los exigentes objetivos de la ley, por el acuerdo de refinanciación homologado, puesto que estos acuerdos, a

diferencia que ocurría con los acuerdos ordinarios, no podrán impugnarse por la vía de la rescisoria concursal, lo que se presenta como uno de los instrumentos más importantes para salvaguardar la eficacia de los acuerdos. Además, es de vital relevancia la posibilidad de extender sus efectos incluso a los acreedores que no suscribieron el acuerdo.

Para concluir, se podrían considerar otras modificaciones estructurales para evitar la declaración de un concurso, no obstante de no existir sociedades interesadas en Augusta Nerea S.A., se ha optado por ceñirnos solo a los denominados institutos preconcursales.

II. Desbalance entre el patrimonio y el capital social

II.1. Introducción

Desde un punto de vista financiero, las fuentes de financiación de una empresa están compuestas por dos grandes bloques que son el Patrimonio Neto y el Pasivo.

Atendiendo a la definición que establecen los autores Fernández González, Fernando J. y Álvarez Carriazo, J.L.¹⁴, podemos decir que el patrimonio neto de una sociedad son las fuentes de financiación del activo propias de la misma, formadas, tradicional y fundamentalmente, por el capital social inicial más sus sucesivas ampliaciones, la prima de emisión, y los resultados no repartidos que constituirán las reservas de la empresa.

II.2. Razonamientos jurídicos

La normativa mercantil, en general, así como el Plan General de Contabilidad, en particular, otorgan una gran importancia al Patrimonio Neto, tanto en lo referente a su cuantía, como a su composición, ya que éste refleja el verdadero valor que tiene una determinada empresa. Es por ello por lo que podemos entender que el Patrimonio Neto constituye, desde un punto de vista jurídico, una garantía frente a los acreedores para la recuperación de sus créditos

El artículo 363.1.d) de la Ley de Sociedades de Capital establece que las sociedades en las que debido a sus pérdidas 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 y cuando no sea procedente solicitar la declaración de concurso, se encontrarán en causa de disolución. Esto es aplicable tanto para las Sociedades Anónimas como para las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

De igual forma el artículo 327 de la Ley de Sociedades de Capital establece para las Sociedades Anónimas la obligación de restablecer el equilibrio patrimonial si el patrimonio es inferior a dos tercios del capital social y esta situación persiste durante más de un ejercicio económico.

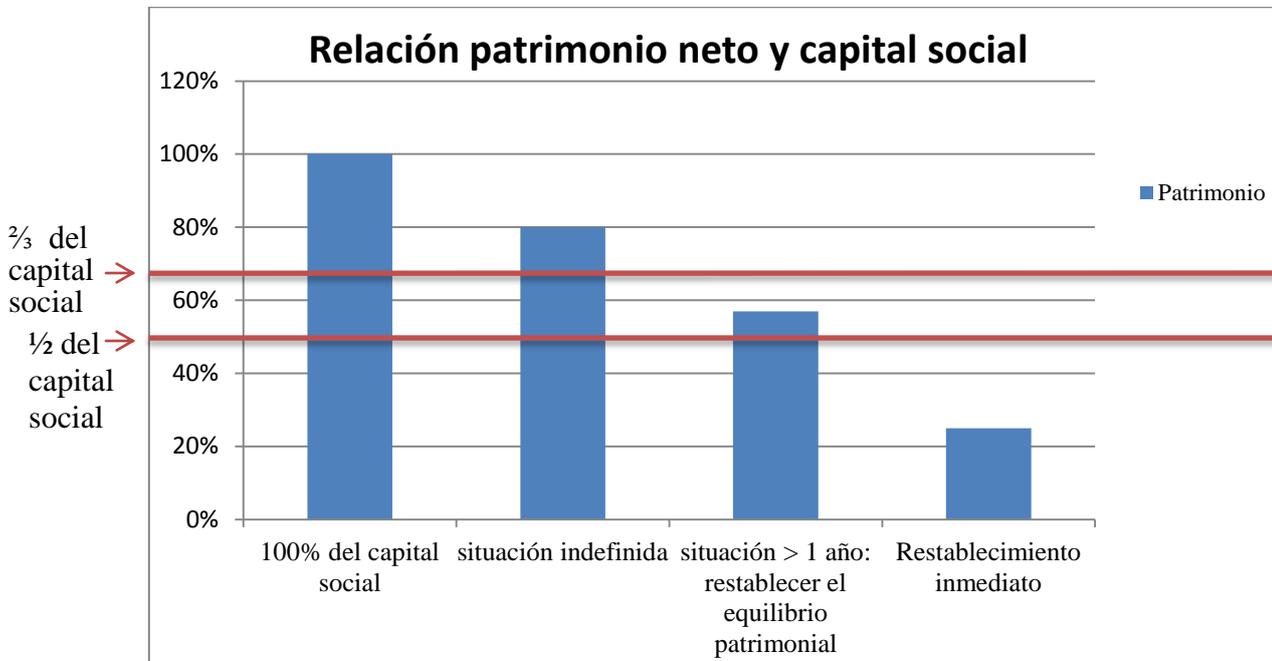
Por lo tanto, la obligación de disolver la sociedad en relación a su patrimonio neto, se daría en los siguientes casos:

- Que su Patrimonio Neto sea inferior a la mitad del capital social. En este caso se debe restablecer el equilibrio patrimonial inmediatamente o disolver la sociedad.

¹⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO J. y ÁLVAREZ CARRIAZO, J. L., *Contabilidad de sociedades*, Centro de Estudios Financieros (CEF), Madrid, 2014, p. 10.

- Que su Patrimonio Neto esté situado entre la mitad y los dos tercios del capital social. En este caso para Sociedades Anónimas, se podría continuar con la actividad durante un año más hasta que o bien se remonte la situación en ese ejercicio o continúe, caso en el que deberemos restablecer el equilibrio patrimonial.

- Que su Patrimonio Neto sea superior a la mitad del capital social en Sociedades Limitadas o a los dos tercios del capital social en las Anónimas. (En este caso pueden seguir en esta situación durante tiempo indeterminado).



Fuente: elaboración propia.

La garantía básica y fundamental que una sociedad ofrece a sus acreedores es el capital social. Si el Patrimonio Neto es inferior a la mitad del capital social está implícitamente “falseando” su imagen fiel a sus proveedores, acreedores y agentes de interés, dado que el capital que tiene para posibles contingencias y responsabilidades no es el que marca sus libros. En este caso no reflejaría fielmente su verdadera situación patrimonial.

Por tanto, en aquellos casos en que, como consecuencia de las pérdidas sufridas, los fondos propios de la sociedad no alcancen a cubrir la mitad de la cifra de capital social, y siguiendo con lo dispuesto en el artículo 365 LSC, los administradores tienen un plazo de dos meses para convocar la Junta General de socios o accionistas para la adopción del acuerdo de disolución, o en el caso de que ésta se encuentre en situación de insolvencia aquéllos insten al concurso. Asimismo, de acuerdo con el artículo siguiente, los administradores deberán solicitar a continuación la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta.

No obstante lo anterior, la sociedad puede optar por medidas que permitan el reequilibrio de la relación entre los fondos propios y el capital social, tales como:

a) Ampliación de capital: únicamente evitará la causa de disolución en caso de que se realice en cuantía suficiente para superar el desfase entre patrimonio y capital social, buscando así con su ampliación de capital los recursos necesarios para este reequilibrio patrimonial.

b) Reducción de capital: minorando la cifra de capital social a la realidad patrimonial de la sociedad, pero sin sobrepasar nunca el límite de la cifra mínima legal de capital (60.000 €), por debajo de la cual llevaría a incurrir nuevamente en otra causa de disolución. Esta reducción tiene unos límites que se recogen en el artículo 322, según se trate de Sociedades de Responsabilidad Limitada o Sociedades Anónimas, ya que en las Sociedades de Responsabilidad Limitada no se puede reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reservas, mientras que en las Sociedades Anónimas no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reservas voluntarias o cuando la reserva legal, una vez efectuada la reducción, exceda del diez por ciento del capital.

c) Reducción y ampliación de capital simultáneos (la denominada “operación acordeón”): el artículo 343 TRLSC permite la reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal para las Sociedades Anónimas¹⁵, solo cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima. En la operación acordeón la compensación de pérdidas va seguida de una ampliación de capital mediante la emisión de nuevas acciones o participaciones, que son suscritas por los socios o accionistas que confían en la continuidad de la sociedad y, en su caso, por terceros inversores que sustituyen a los socios o accionistas no dispuestos a realizar nuevas aportaciones.

d) Reposición de patrimonio mediante aportaciones de los socios o accionistas para compensar las pérdidas: se restablece el equilibrio patrimonial de la sociedad sin necesidad de elevar la cifra de capital social, ni afectar a la participación de los socios en el mismo. Es decir, para absorber las pérdidas, sin implicar ello una modificación de dicha cifra.

e) Préstamo participativo: en donde la retribución del capital prestado es variable en función de la evolución de la empresa prestataria que podrá ser en función del beneficio neto, del volumen de negocio, del patrimonio total o de cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad. El artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica¹⁶ establece las características que deben cumplir estos préstamos.

¹⁵ El artículo 4.3 del TRLSC fija el mínimo legal del capital social de las sociedades anónimas en una cantidad que no podrá ser inferior a sesenta mil euros.

¹⁶ “Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.

d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil”.

Los préstamos participativos son considerados patrimonio contable a los efectos de la causa de disolución por pérdidas.

El incumplimiento por parte de los administradores de lo dicho anteriormente supone que éstos pasen a responder solidariamente de las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución hasta el momento en que ésta desaparezca.

No es necesaria la concurrencia de hechos tales como la buena o mala fe del administrador, la existencia de un acto u omisión culpable o negligente del administrador para que se dé la citada situación de disolución, sino que basta con la mera prueba de un hecho objetivo que es la del desequilibrio patrimonial.

Sin embargo, conviene aclarar que la obligación de disolver la sociedad no surge porque ésta sea insolvente, situación en la cual debería solicitar su entrada en concurso de acreedores, sino que esta situación se da para evitar precisamente que caiga en insolvencia.

Por tanto, se hace necesario distinguir con claridad el presupuesto objetivo que se tiene que dar para que proceda la declaración de concurso, el cual se encuentra definido en el artículo 2 de la Ley Concursal en el que se establece que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común, encontrándose en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles

Esta situación de insolvencia no se puede confundir con la situación de pérdidas agravadas que efectivamente se da en la sociedad Augusta Nerea, S.A. que determina, como ya hemos dicho, 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.

Así lo establece el TS en su sentencia de 1 de abril de 2014 (RJ 2014\2159) en la que expone que aunque con frecuencia insolvencia y desbalance patrimonial puedan coincidir estos no son equivalentes y el legislador en la Ley Concursal así lo quiso recoger, pues no identifica la insolvencia con el desbalance o pérdidas agravadas, ya que 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.

Otro aspecto importante que también se expone en el caso es que 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.

El cese en el cumplimiento de cualquiera de estas obligaciones citadas anteriormente por parte de la sociedad deudora durante las tres últimas mensualidades, podría constituir uno de los aspectos que serían reveladores de la insolvencia de la empresa según lo expuesto en el artículo 2.4.4º de la Ley Concursal. No obstante, una solicitud de declaración de concurso necesario por parte del acreedor fundado en alguno de estos

hechos recogidos en el citado apartado del artículo de la ley, entre ellos el sobreseimiento general en el pago de las cuotas de la seguridad social y de los salarios, puede ser objeto de oposición por el deudor, no solo alegando que el hecho revelador no existe, sino también manteniendo que, aun existiendo el hecho revelador, no se encuentra en estado de insolvencia, tal y como establece el legislador con el artículo 18.2 de la Ley Concursal.

En este sentido, la Ley ofrece otra presunción *iuris tantum* en el apartado segundo del artículo 5 al presumir que el deudor ha conocido su estado de insolvencia si ha acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a los acreedores a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2.

Por todo esto, cuando se da esta situación de incumplimiento de las obligaciones citadas, se pueden dar dos circunstancias:

- La solicitud de declaración de concurso necesario presentada por un acreedor
- La presunción de que el Administrador ha conocido su estado de insolvencia y, por tanto, inicie el cómputo del plazo de dos meses para solicitar concurso voluntario bajo pena, en caso de incumplir el plazo, de que el concurso sea calificado culpable y se determine la responsabilidad patrimonial del Administrador.

Es por ello que la Ley obliga a los Administradores de hecho o de derecho que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso¹⁷, respondan personalmente con su patrimonio presente y futuro de los créditos o la parte de los mismos que los acreedores concursales no consigan satisfacer acudiendo a la masa activa.

Además, según lo expuesto en el artículo 172 de la Ley Concursal, si la sentencia llega a calificar el concurso como culpable determinará también la inhabilitación de los Administradores para administrar patrimonios ajenos durante un periodo de entre dos y quince años, así como la pérdida de cualquier derecho que como acreedores concursales pudieran corresponderles y la devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio de la Sociedad o de la masa activa, además de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

Es por este motivo que el juez del concurso de oficio o a instancia del Administrador concursal, basándose en el artículo 48 ter, adopte medidas cautelares sobre el patrimonio del Administrador en cualquier momento del procedimiento. Para que el juez pueda adoptar dichas medidas será necesaria la existencia de una presunción fundada de que el concurso será calificado culpable, así como que el activo de la concursada podrá ser insuficiente para cubrir la percepción de los créditos.

II.3. Conclusiones

Así pues, es de vital importancia para los Administradores estar pendientes de la evolución del cumplimiento de dichas obligaciones, así como también de la evolución

¹⁷ Artículo 164 LC: “1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso”.

global de la compañía para, en caso de ser necesario, instar el concurso en un momento en el que aún sea posible la recuperación de la empresa. El legislador trata así de evitar la postergación de la situación hasta llegar al extremo en la que sólo sea posible la liquidación y las esperanzas de sobrevivir al concurso sean escasas, y mucho más cuando la posibilidad de que el concurso sea calificado de culpable pueda llegar a ser inevitable.

III. Régimen de los créditos concursales

III.1. Introducción

En caso de declaración de concurso, los administradores concursales deberán publicar una lista con la cuantía, el vencimiento y la calificación de cada uno de los créditos que mantiene dicha empresa con sus acreedores. Dentro de la clasificación de los créditos concursales podemos distinguir los créditos privilegiados, los subordinados y los ordinarios.

La clasificación es importante, ya que determina qué acreedores tienen derecho a voto en la aprobación del convenio concursal y, en caso de que no se apruebe dicho convenio, el orden de preferencia en el proceso de liquidación de la masa activa del deudor, o en caso de haber convenio si ciertos acreedores están o no obligados a seguirlo.

En las siguientes líneas se tratará de analizar el tratamiento que corresponde a los créditos que don Plácido y doña Nélica, socios y administradores solidarios, han realizado a Augusta Nerea S.A. Recordemos que estos administradores, con la finalidad hacer frente al pago de los sueldos de sus trabajadores y de las cuotas de la seguridad social, decidieron hacer sendos préstamos de su patrimonio a la sociedad.

III.2. Clasificación de los créditos de don Plácido y doña Nélica

Para analizar la clasificación de los créditos de doña Nélica y don Plácido recurrimos al apartado 5 del artículo 92 LC, en donde se señala lo siguiente en relación a los créditos subordinados:

“5º. 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 91.1º 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 1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican”.

La Ley expone en el apartado segundo de su artículo 93 lo que entiende por personas especialmente relacionadas con el concursado. Concretamente, establece que cuando el concursado sea una persona jurídica, se tendrán por especialmente relacionadas con él los socios que respondan personal e ilimitadamente de las deudas sociales y aquellos que en el momento del nacimiento del derecho de crédito fueran titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o 10% en caso contrario; también se calificaría de esta

manera a los administradores, tanto de hecho como de derecho, los liquidadores del concursado y los apoderados con poderes generales de la empresa, y quien lo hubiera sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

En este último caso, deberán considerarse incluidas, en palabras de González Pérez, C.¹⁸, aquellas personas que formen parte del órgano de gestión y administración de la sociedad que esté en concurso, ya sea un administrador único, varios mancomunados o solidarios (como es el caso de doña Nélica y don Plácido) o un Consejo de Administración. Asimismo han de considerarse como administradores de hecho aquellos cuyo cargo haya caducado, los que formalmente ocupan el cargo pero su nombramiento presenta un vicio de nulidad y los que de hecho controlan la gestión y administración de la sociedad sin haber sido formalmente investidos para ello pero manifestándose frente a terceros como administradores.

De todo lo expuesto puede deducirse que los créditos de doña Nélica y don Plácido son subordinados, puesto que ambos eran socios titulares cada uno del 50 por ciento de la titularidad del capital correspondiente con anterioridad al nacimiento del crédito¹⁹ y administradores de Augusta Nerea, S.A. desde hace más de dos años.

Sin embargo, es necesario destacar que el artículo 92.5º LC establece dos excepciones a la clasificación como subordinados de los créditos de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor. La primera salvedad aparece reflejada en el artículo 91.1º LC para los siguientes créditos con privilegio general:

- a) Créditos salariales que no tengan reconocido privilegio especial para la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.
- b) Créditos por indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo, en la cantidad correspondiente al mínimo legal calculada sobre la base de un salario que no supere el triple del salario mínimo interprofesional.
- c) Créditos por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso.
- d) Derechos a prestaciones a cargo de la Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

No obstante, esta primera excepción no afecta a los créditos expuestos en el caso, ya que el artículo 92.5º se refiere a los casos en los que “*el deudor sea persona natural*”, siendo Augusta Nerea, S.A. una persona jurídica.

En cuanto a lo que se refiere a la segunda excepción, la Ley se refiere a 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 93.2.1º y 3º LC que reúnan las condiciones de participación en el capital que se indiquen en los citados preceptos.

Debemos descartar aquí también esta excepción, puesto que los créditos de doña Nélica y don Plácido tienen la calificación de préstamos.

¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, C. “La masa pasiva”, cit., p. 564.

¹⁹ SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2010 (RJ 2010\384900)

Una vez analizado el caso en relación al artículo 92.5° LC se puede concluir que los créditos de los citados administradores y socios de Augusta Nerea, S.A. se han de calificar como subordinados en el marco de un eventual concurso del deudor.

III.3. Efectos de la calificación de los créditos como subordinados

La Ley Concursal introduce esta categoría de créditos para encuadrar en ella aquellos que son posteriores o subordinados a los créditos concursales ordinarios, siendo los créditos que peores condiciones tienen. De esta forma, si llegase a haber convenio la Ley establece en el artículo 122.1 que los titulares de estos créditos no tendrían derecho a voto en la junta de acreedores, pero, en cambio, sí que se verían afectados por las mismas quitas y esperas que hubieran sido aprobadas en el convenio para los créditos ordinarios, si bien los plazos de espera serán mayores ya que se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios tal y como expone el artículo 134.1.II LC.

No obstante, en el caso de liquidación, los créditos de doña Nélica y don Plácido serán pagados hasta que hayan sido íntegramente satisfechos los ordinarios (artículo 158.1 LC).

Finalmente, cabría decir que los créditos de doña Nélica y don Plácido serían los quintos en ser satisfechos de entre los subordinados según el orden legal del artículo 92 LC.

III.4. Conclusiones

Con todo lo expuesto, podemos ver como la Ley deja en una posición desventajosa a las personas especialmente relacionadas con el concursado por el hecho de ser cercanas y tener una relación con él. Por todo ello, en caso de que se declarase finalmente el concurso de acreedores en Augusta Nerea, S.A., los dos socios y administradores verían muy perjudicada su posición respecto de los demás acreedores debido a la discriminación de naturaleza negativa que hace la ley, pasando a ocupar el último lugar en el ranking, lo cual, teniendo en cuenta lo analizado, deberá constituir una motivación suficiente para los socios y administradores de la sociedad en virtud de evitar a toda costa la liquidación de la entidad.

IV. Las acciones de reintegración

IV.1. Introducción

La acción de reintegración, como su nombre indica, permite durante un concurso de acreedores devolver a la masa activa del concurso bienes que ya habían salido del patrimonio del deudor. La justificación de la misma radica en la paridad de trato a todos los acreedores pues no sería justo que algunos, por obrar anticipadamente, pudiesen ver satisfechos sus créditos, pero no así el resto.

En esta cuarta cuestión se abordará la posibilidad de ejercitar estas acciones con respecto a la deuda de 500.000 € satisfechos a Almanzor, S.L. Al respecto debemos recordar que siete meses antes de que Augusta Nerea, S.A. se declarase en concurso voluntario, Almanzor S.L. había solicitado el concurso necesario. No obstante, por no

pagar una tasa esto se retrasó y Augusta Nerea consiguió pagar la deuda por lo que Almanzor S.L. no trató de solucionar el defecto procesal y no siguió adelante con la petición de concurso voluntario.

IV.2. Posibilidad de ejercitar la acción de reintegración

La *ratio legis* de establecer la posibilidad de ejercitar la acción de reintegración se justifica en el hecho de que en el intervalo que media entre la insolvencia de facto o real del concursado y la declaración de concurso existe un espacio temporal que el concursado puede utilizar para desviar parte de su patrimonio o para favorecer a una serie de acreedores en perjuicio de otros²⁰.

Los requisitos necesarios para poder utilizar la acción de reintegración aparecen en el artículo 71. El apartado primero de este precepto se señala lo siguiente:

“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 este modo, se aprecia que es necesario que estos actos hayan sucedido dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso y que sean perjudiciales para la masa activa.

El primer requisito temporal se cumple porque los hechos han ocurrido tan solo siete meses antes que el concurso.

En cuanto al requisito del daño, la LC en el propio artículo 71 tiene varias presunciones de que éste existirá y casos en los que no puede existir. Pese a ello, el supuesto tratado no se puede encuadrar en ninguno de estos casos. Lo más similar sería la prohibición de restituir los actos ordinarios de la actividad profesional, pero aquí el supuesto de hecho señala que se trata de una deuda por unas obras, por lo que no parece ser un acto ordinario de la actividad de Augusta Nerea, S.A. Es por ello que se debe acudir a las interpretaciones que la jurisprudencia hace en estos casos. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de julio de 2014 (RJ 2014\4590), define este daño como un sacrificio patrimonial, 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 (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación. Además, en la misma sentencia se dice, citando antigua jurisprudencia del propio supremo, en referencia a pagos similares a los que nos ocupan aquí:

“En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda

²⁰ YÁÑEZ EVANGELISTA, J., “De la formación de la masa activa y las acciones de reintegración a la masa activa”, cit., p. 416.

satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.

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

En referencia a lo ahora transcrito debemos recordar que el crédito que nos ocupa estaba vencido, era exigible y gozaba de una justificación cuando fue pagado. Por ello, la única posible violación que podría existir de la *par condicio creditorum* sería que Augusta Nerea, S.A. estuviese ya en una situación de insolvencia en el momento en el que se llevó a cabo el pago del crédito. No obstante, en el caso no nos constan datos al respecto de la insolvencia de la empresa en esas fechas. Por ello, la pertinencia o no de la acción de reintegración es interpretable. De este modo, si se considera que existía estado de insolvencia en el momento del pago a Almanzor, S.L o que esta fue debida al mismo sí correspondería dicha acción y de lo contrario, no procedería.

IV.3. Efectos de la actuación del acreedor

De determinarse la reintegración del crédito en la masa activa, los efectos de la rescisión son los que prevé el artículo 73 LC. Esto es:

“1. La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses.

2. Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irrevindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

3. El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado”.

A su vez, según se considere la actuación de Almanzor, S.L. de una manera u otra, puede tener determinados efectos. Así, si la misma actuara de mala fe su crédito podría

ser subordinado. No obstante, no parece que aquí sea el caso pues, cuando recibió el pago del crédito en buena lógica pudo pensar que el mismo se debía a que los problemas de solvencia que estimaba que Augusta Nerea, S.A. tenía y por los que había solicitado el concurso no eran tales, por lo que no era necesario seguir adelante con el citado concurso. Sobre esto y el artículo 73 transcrito, en un caso similar al que aquí corresponde, habla el Tribunal Supremo en su sentencia 629/2012 de 26 octubre (RJ 2012\10415). En la misma se expresa:

“La previsión contenida en el apartado 3 del art. 73 LC (“El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado”), invocado por el recurrente como infringido, presupone que, conforme al apartado 1, que regula los efectos de la rescisión del acto impugnado, se hubiera condenado “a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses”.

Si se hubiera rescindido el contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevinida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero 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”.

Por todo ello, cabe concluir, como ya se apuntó que no existe mala fe por parte del acreedor. Además, el negocio sigue siendo válido porque la rescisión afecta solo 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”* (STS de 26 de octubre de 2014 (RJ 2012\10415))

IV.4. Conclusiones

Por todo lo expuesto, se puede concluir que la posibilidad de ejercitar con éxito la acción de reintegración por la que se pregunta es una cuestión que, al faltar datos, consideramos aquí como interpretable. Así, si se considera que en el momento en que se pago la deuda objeto del caso Augusta Nerea, S.A. ya era insolvente sí procedería; en caso contrario no.

Por otro lado, no parece que Almanzor, S.L. haya obrado de mala fe, por lo que de darse la acción de reintegración, sus créditos no serían subordinados, sino que se integrarían en la masa activa con la calificación que correspondiese según su naturaleza. Además, deberían devolver los 500.000 € pagados con sus frutos e intereses.

V. Impugnación de acuerdos sociales y responsabilidad penal

V.1. Introducción

En este apartado se procederá a analizar las posibilidades de impugnación que tiene doña Nélica, administradora de la sociedad, sobre el acuerdo societario por el cual se fija una retribución anual de 200.000 € a favor, exclusivamente, de don Plácido, recogido mediante un acta de una Junta Universal celebrada en el año 2008 y descubierta por doña Nélica, en la cual, además, consta su firma falsificada por don Plácido por lo que también se dictaminará sobre las posibles responsabilidades penales que conlleva ese acto.

V.2. Impugnación del acuerdo societario

La impugnación de acuerdos sociales se encuentra regulada en el Capítulo IX, Título V, del Real Decreto Legislativo núm. 1/2010, de 2 de julio, Ley de Sociedades de Capital. De conformidad a la redacción del artículo 204.1 de esta Ley, vigente desde el 1 septiembre 2010 hasta el 23 diciembre 2014, son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, a los estatutos de la Sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Concretamente, se entiende por acuerdos nulos aquéllos contrarios a la ley, mientras que por anulables los que se opongan a los estatutos o lesionen el interés social.

En el caso que se nos presenta nos encontraríamos ante un acuerdo nulo, puesto que, en primer lugar, la celebración de reuniones de socios como Juntas Universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 178 LSC²¹ se ha considerado viciada de nulidad por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias como la de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6829) o la sentencia de 19 de julio de 2007 (RJ 2007\5092) en la que se había declarado la nulidad de los acuerdos adoptados en las Juntas Universales por haberse celebrado las referidas Juntas sin estar presente todo el capital social.

De esta forma, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha establecido claramente que, para estimar la existencia de una Junta Universal es preciso que concurren como requisitos, todos ellos necesarios, la asistencia de la totalidad del capital social, por sí misma o debidamente representada; el acuerdo unánime de todos los socios de celebrar la Junta, con lo que la negativa de uno solo, sin necesidad de justificación, impide su válida celebración; así como el acuerdo unánime de los socios sobre el orden del día de asuntos a tratar, con lo que basta con que uno solo de los socios se oponga a incluir un punto, para que éste no pueda ser tratado en la Junta. Es por tanto evidente que el acto en cuestión, celebrado sin la presencia de todos los socios de la entidad, estaba ya viciado de inicio y no debió celebrarse, siendo nulo el mismo y, consiguientemente, todos los acuerdos en él adoptados. Si un acuerdo es nulo, es inexistente y, por tanto, debería tenerse por no adoptado.

En primer término, son acuerdos nulos los acuerdos contrarios a la Ley; ahora bien, siguiendo con la SAP de Granada de 11 de noviembre de 2005 (JUR 2006\162342), no

²¹ “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”.

toda violación de la norma jurídica genera esta determinación de invalidez, sino que, como la doctrina y la jurisprudencia han matizado, la sanción de nulidad se circunscribe a la ineficacia de normas imperativas y no respecto a los preceptos que tuvieran carácter dispositivo. Por tanto, la norma infringida ha de ser norma de *ius cogens* (art. 6.3 CC²²).

Con todo esto, cabe decir que en la actual reforma de la Ley este artículo 204 ha sido modificado por el artículo único 7 de la Ley número 31/2014, de 3 de diciembre, mediante el cual se ha eliminado la distinción entre acuerdos nulos y anulables. No obstante, esta reforma no afecta al acuerdo, que sigue siendo igualmente impugnabile.

En segundo lugar, el citado artículo 204.1 LSC expone que son impugnables, también, los acuerdos sociales que se opongan a los estatutos. Con esto, cabe decir que se produce una vulneración del artículo 217.1 LSC en el que se establece que “*el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución*”.

Es por ello que, siguiendo con lo expuesto en el caso en los estatutos, nada se contempla sobre la retribución de los administradores, debiendo aparecer expresamente indicado en los mismos la existencia de dicha remuneración, así como el sistema de retribución establecido, de tal forma que si los mismos no la determinan, el cargo de administrador ha de entenderse gratuito (art. 217.2 LSC).

En este caso, por lo comentado anteriormente, el acuerdo en el que se fija una retribución anual de 200.000 € a favor, exclusivamente, de don Plácido se ha de entender por no adoptado e inexistente. No obstante, en el supuesto en que la Junta hubiese quedado válidamente constituida, sin vicio de consentimiento, por la totalidad del capital social y finalmente se adoptara el acuerdo por el que se fijase esa retribución anual, se estaría produciendo un incumplimiento del artículo 217.1 LSC y, por tanto, también estaríamos ante un acuerdo impugnabile según el artículo 204.1 LSC.

La interpretación de este precepto ha dado como resultado una abundante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de la que resulta que la previsión de retribución del cargo de administrador no consistente en una distribución de beneficios requiere, a efectos de inscripción en el Registro Mercantil, de dos requisitos: su expresa previsión estatutaria y la determinación del concreto sistema retributivo. Esto se traduce en la exigencia de que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el cargo de administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, así como la determinación de uno o más sistemas concretos de retribución (sueldo mensual o anual, seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, entrega de acciones o derechos de opción, etc.), de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la Junta General su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos.

De este modo, cuando la previsión estatutaria es que el órgano de administración sea retribuido mediante una cantidad fija, no le corresponde a la Junta decidir si la cantidad se ha de satisfacer o no, sino tan solo la fijación de la cuantía concreta de la misma para el ejercicio correspondiente, de acuerdo con el sistema o sistemas de retribución

²² “3. *Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”.

previstos en los estatutos, y ello como garantía tanto para los socios como para los propios administradores.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias ha reafirmado la importancia y la exigencia de que en los estatutos conste el carácter retributivo del cargo de administrador, así como el sistema de retribución adoptado, aparte de tutelar el interés de los administradores, tiene por finalidad principal que los socios estén correcta y suficientemente informados a fin de facilitar el control de la actuación de aquellos en una materia especialmente sensible, debido a los problemas de agencia originados por la contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible, los de la sociedad en minorar los gastos y los de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles.

De esta forma, la STS de 24 de abril de 2007 (RJ 2007\2418) afirma que el objetivo de esta exigencia era *“proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión”*; mientras que, por otro lado, la STS número 448/2008 de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008\3184) establece *“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”*.

Por último, la impugnación del acuerdo por medio del artículo 204.1 LSC tendría lugar por el incumplimiento del artículo 227, en el que se recoge el deber de lealtad por parte del administrador de la sociedad como fiel representante de la misma, obrando de buena fe y en defensa del interés social, entendido éste como interés de la sociedad. Esta pauta de conducta está relacionada con la idea de que el administrador gestiona intereses ajenos y, en realidad, significa que el administrador debe velar por los intereses de la sociedad y anteponer éstos a los suyos propios y naturalmente a los de terceros, vinculados o no a la sociedad.

La jurisprudencia viene entendiendo que el interés social es el interés común de los accionistas. Así, por ejemplo, se ha expuesto en varias sentencias del Tribunal Supremo, como la de 12 julio de 2002 (RJ 2002\8252) o la de 4 marzo de 2000(RJ 2000\1502), que *“para que un acuerdo social sea impugnabile es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios)”*. Así es que don Plácido se fijó una retribución anual de 200.000 € cuando la empresa estaba en serias dificultades económicas y en riesgo de insolvencia inminente.

Esta infracción del deber de lealtad implica, a exigencias del apartado 2 del artículo 227, la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, así como también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador don Plácido.

V.3. Procedimiento de impugnación de acuerdos societarios

Para la impugnación de los acuerdos sociales anteriormente descritos se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta impugnación deberá hacerse mediante demanda dirigida a la Sociedad ante el Juzgado de lo Mercantil donde radique el domicilio social de la compañía.

Otra cuestión a tener en cuenta es quién está legitimado para impugnar los acuerdos sociales. En la redacción de la Ley vigente desde el 1 de septiembre de 2010 hasta el 23 de diciembre de 2014, si se trata de la impugnación de acuerdos nulos, la legitimación

correspondería a todos los accionistas o socios, a los administradores y a cualquier tercero que acredite tener un interés legítimo. Si los acuerdos fueran anulables, la legitimación correspondería a los socios que asistieron a la Junta y votaron en contra del acuerdo, haciendo constar de forma expresa, además, su oposición de forma en el acta; los socios que estuvieron ausentes de la Junta y aquellos que hubiesen sido ilegítimamente privados de su derecho de voto; así como los administradores. Siguiendo con esta redacción, en el caso de acuerdos nulos, como es el caso que nos ocupa, doña Nélide en su condición de socia y administradora estaría legitimada para ejercitar la acción de impugnación.

No obstante, la reforma ha extendido a la impugnación de cualquier acuerdo las reglas de legitimación preexistentes para los acuerdos nulos. Si bien esta extensión se ha realizado con dos precisiones en relación con la legitimación de los socios. Por un lado, ha de ostentarse la condición de socio antes de la adopción del acuerdo, evitando la adquisición de acciones con la única finalidad de impugnar. Por otro, se requiere, con carácter general, ostentar el 1 % del capital social para estar legitimado para impugnar (el 1 por mil en las cotizadas, 495.2 b) LSC). En cualquier caso doña Nélide cumple los requisitos exigidos.

Cuando se trate de acuerdos que sean contrarios al orden público podrá estar legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero (art. 206.2 LSC)

En lo que se refiere al plazo para ejercitar la acción de impugnación, el art. 205.1 de la Ley establecía antes de la actual reforma que los acuerdos que sean nulos, por ser contrarios a la Ley, habían de ser impugnados en el plazo de un año. Por su parte, los acuerdos anulables debían ser impugnados en el plazo de 40 días. Ambos plazos son de caducidad y se computan desde la fecha de la adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

No obstante, la reforma acaba con la distinción y unifica los plazos para la impugnación y la legitimación para impugnar. La nueva norma generaliza el plazo de un año para todos los acuerdos impugnables, lo que se justifica porque el plazo de 40 días para los acuerdos anulables era demasiado estricto. La opción legislativa parece razonable. Dicho plazo se reduce a 3 meses en el caso de sociedades cotizadas (art. 495.2.c LSC), lo cual se puede justificar por la mayor necesidad de lograr pronto la debida estabilidad de los acuerdos sociales en este ámbito, puesto que reducir las incertidumbres beneficia siempre a la cotización. En este caso, no conocemos si la sociedad cotiza en bolsa, aun así podemos decir que, en cualquier caso, de todo esto se desprende que el plazo de impugnación de este acuerdo ha concluido ya.

Sin embargo, no varía la situación en relación con los acuerdos contrarios al orden público, manteniéndose la extemporaneidad de la acción si dicho acuerdo es contrario al orden público.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puesto de relieve la dificultad de integrar el concepto indeterminado de orden público. No es sencillo precisar los contornos del concepto, a tal efecto la STS de 18 de mayo de 2000 (RJ 2000\3934) señalaba 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 acuerdo, 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 art. 24.1 CE". Esta doctrina es recogida en la sentencia de 4 marzo de 2002 (RJ 2002\2421), que añade que *"el concepto de orden público se sustenta especialmente en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, ya que de sociedades de capital se trata"*; y en la sentencia de 26 septiembre de 2006 (RJ 2006\7477) , que, después de citar la doctrina de las sentencias anteriores y de indicar que *"la jurisprudencia de esta Sala ha utilizado de forma restrictiva el concepto abierto orden público, en orden a admitir la excepción de la falta de caducidad"*, resalta que *"de aquí que deba considerarse como contrario al orden público un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales"*. Por otra parte, la sentencia de 29 noviembre de 2007 (RJ 2008\32) ha puesto de relieve, por un lado, las dificultades de fijación del concepto, y expone que, al ser un motivo de excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación, éste debe ser interpretado en sentido restrictivo para evitar que la regla de la caducidad se vacíe de contenido, puesto que el legislador la estableció en seguridad del tráfico, mientras que por otro lado, centra el concepto, de acuerdo con la doctrina más autorizada, en los *"principios configuradores de la sociedad"* de los que habla el antiguo artículo 10 TRLSA (actual artículo 28 LSC). De todo esto se puede sustraer que deba considerarse como contrario al orden público un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales.

En todo caso, la jurisprudencia expone que un acuerdo puede ser contrario al orden público por su contenido o por su causa.

Más concretamente, y siguiendo con lo anterior, las SSTS de 30 mayo de 2007 (RJ 2007\3608) y de 19 abril de 2010 (RJ 2010\3538) declararon que las Juntas Universales deben considerarse inexistentes en la medida en que la totalidad del capital no estaba presente (artículo 178 LSC) y que por ello no puede entenderse *"que el orden público resulte indemne a actos falsarios que, además, vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable; es absolutamente incompatible al orden público con la falsaria simulación formal que pretende encubrir la mutilación radical de un derecho societario"*. Además, añade este Tribunal, en concordancia a la doctrina anteriormente expuesta, que crear la apariencia de una Junta Universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social, estableciendo que los acuerdos llevados a cabo, por su causa, infringen la normativa legal, afectando al orden público societario con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron.

Finalmente, siguiendo con el artículo 208 de la ya mencionada Ley, la sentencia que recaiga en el procedimiento y que declare la nulidad del acuerdo debe inscribirse en el Registro Mercantil cuando el acuerdo nulo fuese también inscribible. El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto. La sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

V.4. Responsabilidades penales

Dentro de las responsabilidades penales que se podrían imputar a don Plácido por las conductas llevadas a cabo como administrador de la sociedad se podrían destacar las que a continuación se analizarán.

V.4.1. Aprovechamiento de acuerdos lesivos

En el artículo 292 CP se establece que la conducta surgida de la imposición o el aprovechamiento para sí o para un tercero, y en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de acuerdos lesivos adoptados mediante mayoría ficticia (ésta se produce cuando se abusa de la 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), será castigada con pena de seis meses a tres años de prisión o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Analizando el caso de Augusta Nerea, S.A. cabe decir que el acuerdo adoptado por don Plácido por el cual se fija una retribución anual de 200.000 € a su favor supone un acuerdo lesivo para la sociedad y sus socios, puesto que dicha empresa se encuentra en una situación crítica económicamente, estando a las puertas de la insolvencia, por lo que fijar una retribución de semejante desmesura perjudica seriamente al bien jurídico que el precepto trata de proteger, los intereses patrimoniales de la sociedad y, por ende, el de los socios.

De lo anterior se sustrae que, por una parte, el sujeto activo del delito es don Plácido, ya que, como bien dice Moreno Chamarro, I.²³, la conducta prohibitiva la constituye la imposición de un acuerdo lesivo, por lo que necesariamente se requiere la presencia del autor en los órganos de decisión de la sociedad y, por ello, debe tratarse del socio o administrador que pueda pertenecer a los órganos sociales. Por otra parte, la figura del sujeto pasivo recaería, en este caso, en la socia doña Nélica y en Augusta Nerea, S.A.

En cuanto a lo referente a la adopción por “*mayoría ficticia*” el precepto enumera una serie de supuestos por los que se debe entender obtenida dicha mayoría para que se produzca la conducta punible, encontrándose entre esas modalidades el abuso de firma en blanco, atribución indebida del derecho de voto y negación ilícita del ejercicio de dicho derecho. No obstante, pese a que la modalidad de falsificación de la firma para obtener la mayoría con el objetivo de imponer el acuerdo lesivo, el artículo permite mediante una cláusula abierta que la obtención de esta mayoría se consiga por “cualquier otro medio o procedimiento semejante”, lo que supone que el legislador pueda incluir todo tipo de mayorías fraudulentas por las que se trate de alcanzar la necesaria mayoría ficticia.

Finalmente, cabe decir que el artículo sanciona la conducta punible del mismo “*sin perjuicio de castigar como corresponda si constituyese otro delito*”, lo que permite a que se dé lugar la formación de concursos delictivos.

²³ MORENO CHAMARRO, I., *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 80.

V.4.2. Administración desleal o fraudulenta / apropiación indebida

El siguiente delito que cabría plantearse es el denominado como administración desleal, tipificado dentro del Título XIII “*delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”, Capítulo XIII “*de los delitos societarios*” y más concretamente en el artículo 295 CP.

Este delito consiste en el abuso de las funciones propias del cargo de administrador o de socio, en beneficio propio o de un tercero, para disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad y el contraer obligaciones a cargo de la sociedad causando directamente un perjuicio económico evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Esta conducta está castigada con prisión de 6 meses a 4 años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

Muchas sentencias del TS dan bastante importancia a la necesidad de diferenciar este delito del de apropiación indebida, recogido en el artículo 252 CP, por lo que es determinante observar si los actos de disposición de los bienes sociales se realizaron dentro de las facultades del administrador (administración desleal) o excediendo de las mismas (lo que las situaría dentro del ámbito del artículo 252). La STS de 17 de julio de 2006 (RJ 2006\7697) aclara esta distinción diciendo que:

“[...] el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador”.

Las actuaciones dirigidas a modificar el cargo de administrador de una sociedad de gratuito a retribuido no entran dentro de las funciones de éstos, ya que el artículo 217.1 LSC expone que “*el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución*”, siendo las actividades propias de un administrador las de representar a la compañía y gestionar su actividad diaria. Es por ello que nos podríamos encontrar más bien ante un delito de apropiación indebida, ya que el art. 252 CP, según reiterada jurisprudencia, castiga dos supuestos: por un lado, el supuesto de apropiación indebida de bienes muebles, que supone la incorporación de un bien al propio patrimonio con ánimo de lucro y, por otro, la denominada administración o gestión desleal, que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal “*distrayendo*” el dinero que administra, entendiendo como “*distraer*”, según la SAP de Barcelona de 14 de febrero de 2008

(ARP 2009\461), dar a lo recibido un destino distinto al pactado. Así, puesto que en los estatutos no está pactado destinar el dinero de la sociedad a retribuciones para los administradores, don Plácido estaría dando al dinero, que él junto a doña Nélica debieran de administrar con la diligencia de un buen empresario, un uso distinto al que está destinado en este momento, que es librar a la sociedad de la inminente insolvencia, comenzando a pagar los salarios y las cuotas de la seguridad social a los trabajadores.

V.4.3. Falsedad documental

Según los hechos declarados en el caso se podría hablar de ellos como constitutivos de un delito de falsedad de documento mercantil del artículo 392 en relación con el art. 390.1 CP²⁴, ya que el primero de los preceptos dispone lo siguiente:

“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”.

No hay ninguna duda respecto al carácter de documento mercantil del acta emitida por el acusado, por cuanto es reiterada la Jurisprudencia, entre ella la STS de 16 de junio de 1992 (RJ 1992\539), que declara que *“son mercantiles a efectos penales los documentos que acreditan, manifiestan y proyectan aquellas operaciones o actividades que se producen en el círculo o ámbito propio de una «empresa», sociedad o entidad mercantil, cualquiera que sea ésta, lo que ha de hacerse extensivo a todas las incidencias que sean consecuencia de tales actividades y en el mismo ambiente”*; así como la STS de 7 de febrero de 2006 (RJ 2006\510) en la que se expone que *“los documentos en que se hace constar la celebración de las correspondientes juntas de las sociedades comerciales son documentos mercantiles”*.

Por otra parte, podemos considerar que la falsedad producida corresponde a la del artículo 390.1.1º CP, puesto que se produce la alteración de un elemento esencial del documento como es la firma de la administrador. Así la STS de 3 abril de 2001 (RJ 2002\6115) considera que se está en presencia de una falsedad material de las encuadradas dentro del artículo 390.1.1º del Código Penal, puesto que 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.

Además, la doctrina del Alto Tribunal ha venido exigiendo que se cumplan una serie de requisitos necesarios para definir y caracterizar la falsedad documental. De esta forma, la STS de 3 marzo de 2003 (RJ 2003\2308) los enumera en los siguientes:

²⁴ *“1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa 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.

4º Faltando a la verdad en la narración de los hechos”.

1. El elemento objetivo o material, propio de toda falsedad, consistente en la mutación de la verdad por algunos de los medios tipificados en el artículo 390 del Código Penal;

2. La *mutatio veritatis* recaiga sobre elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, con lo que se excluyen de la consideración de delito las mutaciones de la verdad que no sean lesivas o que sean intrascendentes para la finalidad del documento;

3. El elemento subjetivo, o dolo falsario, consistente en la concurrencia de la conciencia y voluntad de transmutar la realidad (SSTS de 21 noviembre de 1995 (RJ 1995\8317) y la de 26 abril de 1997 (RJ 1997\3374)).

Junto a los anteriores requisitos la STS de 4 de mayo de 2007 (RJ 2007\5597) establece la necesaria concurrencia de la antijuridicidad material, no bastando una conducta objetivamente típica, sino que es vital que la *mutatio veritatis* varíe la esencia, la sustancia o la genuinidad del documento, constituyendo necesariamente un daño, ya fuera real o potencial, a la vida del derecho a la que estuviere destinado el documento y cambiando la eficacia que éste estaba ordenado a cumplir en el tráfico jurídico de la empresa.

Aplicando esta jurisprudencia al caso se puede comprobar, en primer lugar, que se constituye una Junta Universal sin cumplirse los requisitos legales obligatorios para la convocatoria de la misma, haciendo creer que es válida. En segundo lugar, la *mutatio veritatis* recae sobre uno de los elementos esenciales del documento, ya que se produce la falsificación de la firma necesaria de la otra administradora. A su vez, esta *mutatio veritatis* es constitutiva de un daño real a Augusta Nerea, S.A., puesto que en el momento en que el documento entra en el tráfico jurídico de la empresa se produce una merma de la solvencia a costa de destinar grandes cantidades de dinero a retribuir la administración de don Plácido. Por último, respecto al elemento subjetivo, o dolo falsario, el delito de falsedad documental requiere la voluntad de don Plácido de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que requiere trastocar la realidad, convirtiendo en veraz el acta de la Junta Universal cuando en realidad no lo es, y a la vez atacando la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, logrando o no los fines perseguidos que en este caso es la obtención de una retribución muy elevada como administrador.

V.5. Conclusiones

En lo referente a la impugnación de acuerdos sociales, se ha de concluir que el acuerdo por el cual se fija una retribución de 200.000 € a don Plácido es impugnabile por el artículo 204.1 LSC ya que, aunque el acta de Junta Universal tiene fecha de 6 de septiembre de 2008, no se aplica aquí el plazo de caducidad de un año para ejercitar la acción de impugnación que establece el artículo 205 LSC dado que el acuerdo es contrario al orden público. Don Plácido deberá restituir las cantidades obtenidas indebidamente durante esos años.

En cuanto a las responsabilidades penales, podríamos estar ante un concurso real de delitos de imposición o aprovechamiento de acuerdos lesivos de mayorías ficticias y de apropiación indebida o administración desleal ya que, como reza el artículo 292 CP, cuando la adopción del acuerdo lesivo constituye a su vez un delito diferente, nos encontramos ante una constelaciones de concursos de delitos. Por otra parte, falsificar

las actas constituye, como ya hemos visto, un delito de falsedad documental a menudo instrumental de una apropiación indebida, de una administración desleal o de un delito de imposición o aprovechamiento de acuerdos lesivos, por lo que podríamos estar ante un concurso medial de delitos.

VI. Acciones legales contra los trabajadores de Augusta Nerea, S.A.

VI.1. Introducción

La normal ejecución del contrato de trabajo implica la observancia de una serie de deberes para cada una de las partes. El incumplimiento de estos deberes contractuales del trabajador genera una serie de consecuencias legales que pasaremos a analizar seguidamente en relación a las conductas llevadas a cabo por los empleados de Augusta Nerea, S.A. bajo el prisma de las diferentes posiciones jurisprudenciales respecto de la responsabilidad exigible al trabajador.

VI.2. Limitaciones en el ámbito de la prestación laboral

La legislación española no prohíbe la posibilidad de que los trabajadores puedan compatibilizar su prestación laboral con otras actividades profesionales, no obstante, la Ley no permite ciertas conductas del trabajador destinadas a utilizar los conocimientos que su pertenencia a una empresa le proporcionan para procurar, por razones personales, el auge y prosperidad de otras empresas que compiten con ella en un mismo mercado. Es por ello que la legislación laboral establece unos límites a la múltiple relación laboral que son recogidos en el ET. Concretamente en su artículo 21.1 recoge lo que se denomina como “*concurrencia desleal*”.

La llamada *concurrencia desleal* tiene su origen en el artículo 5 d) ET en el que se establece que:

“Los trabajadores tienen como deberes básicos:

[...]

d. No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley”.

Este precepto nos lleva directamente al apartado primero del artículo 21 ET donde de forma expresa el Estatuto prohíbe esta práctica de *concurrencia desleal*:

*“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”.*

Así es que, tal y como señala la STS de 28 noviembre 1990 (RJ 1990\8613), el artículo 5 d) ET recoge 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 que “*no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime *concurrencia desleal**”.

El artículo 54.2 d) recoge como posible consecuencia de esta “*transgresión de la buena fe contractual*” el despido disciplinario. Así lo recoge el TCT en su sentencia de 15 de noviembre (RTCT 1983\9654) en la que expone que aquella conducta que quebrante la obligación de no hacer concurrencia a la empresa, impuesta en el art. 5.d) y en el art. 22.1 primer inciso del ET, generará la justa causa de despido prevista en el art. 54.2 d) del mismo texto legal en cuanto entrañe una clara transgresión de la buena fe contractual.

Por otra parte, tanto esta sentencia del TCT, como la del TSJ de Madrid de 4 de julio de 2014 (AS 2014\2038) y reiterada doctrina de este tribunal han expuesto en varias ocasiones que se deberá entender por concurrencia desleal “*la dedicación a actividades de la misma o similar naturaleza o rama de producción de que se están ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin autorización del empresario, siempre que la misma, al generar interés contrapuestos para el trabajador, perjudique a aquel*”.

Las mismas sentencias anteriormente citadas dejan constancia de que se presumirá *iuris tantum* que todo trabajo en actividad idéntica o similar, y más si se desarrolla la misma ciudad, produce tal perjuicio.

Con todo esto comprobamos que para estar ante un caso de concurrencia desleal es necesario que se den los siguientes requisitos que establece la citada sentencia del TSJ:

“1º) la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil; 2º) la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio y 3º) que tal utilización redunde en desmérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa, [...] sin requerir que de ella se derive un perjuicio real, bastando que sea potencial”.

Como podemos comprobar en el caso, todos los trabajadores abandonan sin preaviso la sociedad y abren, una semana más tarde, una nueva agencia de viajes en la misma localidad, por lo que el primer requisito relativo a la necesidad de estar trabajando en una empresa y a la vez prestar servicios profesionales en otra distinta, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, no se cumple aquí y, por tanto, debemos concluir que no estamos ante una concurrencia desleal.

VI.3. Abandono o dimisión del trabajador sin preaviso

Como vemos, cuando la situación económica de la empresa se prevé insostenible los trabajadores abandonan en bloque la sociedad sin previo aviso. Estas acciones pueden ser consideradas como dimisiones de los empleados de Augusta Nerea, S.A.

Siguiendo con lo manifestado por la STS de 26 de abril de 1991 (RJ 1991/13390), se entenderá por dimisión “la manifestación de voluntad del trabajador de dar por terminado el contrato de trabajo. El trabajador puede extinguir su contrato por su propia voluntad y sin necesidad de alegar ninguna causa por el carácter personalísimo de la prestación laboral que conlleva que no se pueda imponer al trabajador la subsistencia del contrato en contra de su voluntad.

El único requisito que exige la norma al trabajador en el artículo 49.1 d) ET es que preavise al empresario en los términos que señalen los convenios colectivos de

aplicación o la costumbre del lugar. Si el convenio colectivo no estableciese plazo para dicho preaviso ni tampoco la costumbre del lugar se aplica el plazo de quince días para la denuncia por expiración del término convenido.”

El Convenio colectivo para el sector de agencias de viajes²⁵, su artículo 20 se establece lo siguiente:

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

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

Del caso expuesto, extraemos que los trabajadores han abandonado la empresa sin el preaviso que obliga este precepto, por lo que se les podrá sancionar según lo establecido en el primer párrafo del citado artículo.

No obstante, cuestión polémica es la de si, ante la existencia de una indemnización objetiva predeterminada en el convenio, cabe que el empresario reclame otra adicional en vía judicial, en cuanto que aquella resulta insuficiente para cubrir los daños y perjuicios. En este aspecto, la doctrina del TS parece negar esto último, dejando constancia de ello en su sentencia de 16 marzo 2005 (RJ 2005\3510) en la que expone que *“el hecho de acudir a la realización de la pena, resulta ya incompatible con la posibilidad de reclamar indemnización de perjuicios, aun cuando estos pudieran existir y, en caso de que existieran, sea cual fuere su cuantía”*, es decir, si el *quantum* indemnizatorio aparece predeterminado por el convenio colectivo se estaría ante una estimación anticipada y objetiva de los daños causados, a modo de clausula penal (artículo 1.152 CC²⁶), lo cual evita la necesidad de acreditar la existencia de un perjuicio y su cuantía por el empresario.

En contrapartida, los trabajadores podrían alegar, a su vez, otra de las causas de extinción del contrato como es la del artículo 49.1 j) ET en el que se establece la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario. Concretamente el artículo 50 ET realiza una enumeración de lo que el legislador considera causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, entre las que se encuentra la falta o el retraso continuado en el pago del salario pactado (artículo 50.1 b) ET).

Sin embargo, es necesario atender a qué considera la doctrina por *“falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”*, es decir, cuál es el grado de gravedad necesaria para justificar el remedio de la resolución, no admitiéndose cualquier tipo de incumplimiento. En este aspecto, la doctrina del TS, entre las que se

²⁵ Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para el sector de agencias de viajes (RCL 2013\1294).

²⁶ *“En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código”.*

puede citar las sentencias de 25 de febrero de 2013 (RJ 2013\4497), de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\4451) o la de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011\239), mantiene que para que la causa resolutoria del contrato basada en “*la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado*” prospere es fundamental que se cumpla el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial, determinando éste, en relación a los artículos 4.2 f)²⁷ y 29.1²⁸ ET, según un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (cantidad adeudada), por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial se puede resumir en los siguientes aspectos en relación a las características del caso:

1) no es exigible para la concurrencia de la causa de resolución del artículo 50.1.b) ET la culpabilidad en el incumplimiento del empresario, y así es que Augusta Nerea no muestra, en un principio, culpabilidad alguna, puesto que la crisis en la que está sumida actualmente la sociedad es debida a la actual coyuntura económica.

2) para que prospere la causa resolutoria del citado precepto se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial, pudiéndose considerar el impago de un mes de salario un incumplimiento esporádico de la empresa hasta el momento.

3) el criterio objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución no es de apreciar cuando el retraso no supera los tres meses.

Se ha de concluir, por tanto, que los trabajadores no podrán fundamentar la extinción voluntaria del contrato en un incumplimiento contractual del empresario.

VI.4. La competencia realizada por ex trabajadores y la captación de clientela

Por otra parte, cabría analizar las irregularidades en relación a la constitución de una nueva empresa por parte de los trabajadores que abandonaron Augusta Nerea S.A., situándola en la misma localidad que esta última y con el mismo objeto social.

En primer lugar, el artículo 35 CE indica que todos los españoles tienen derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, por lo que toda limitación de este derecho constitucional debe realizarse cumpliendo todas las exigencias que indique la perceptiva ley estrictamente.

En este sentido, el apartado segundo del artículo 21 ET recoge el llamado “*pacto de no competencia*”, acuerdo que pueden establecer el trabajador y el empresario que limita esta libre elección de profesión por un tiempo determinado (no siendo nunca superior a dos años) una vez finalizada la relación laboral entre ambos. No obstante, no

²⁷ “2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

(...)

f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida”.

²⁸ “1. La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes. [...]”.

consta que medie este tipo de pacto entre los trabajadores y Augusta Nerea S.A., por lo que no existen irregularidades en cuanto a este aspecto.

En segundo lugar, las actuaciones de los trabajadores en lo referente a la captación de los clientes de Augusta Nerea S.A. aprovechándose de la situación crítica que sufre ésta, se podrían incardinar en el artículo 14.1 de la Ley de Competencia Desleal como actos de inducción a la infracción contractual, puesto que estos empleados se dirigen a los clientes de su antigua empresa y les inducen a terminar con los deberes contractuales que habían contraído con ésta.

Sin embargo, la mayoría de doctrina del Alto Tribunal parece defender posturas contrapuestas en este aspecto.

Así, por un lado, la STS de 11 de febrero de 2011 (RJ 2011\2349) trae a colación lo dispuesto en otras sentencias, entre la que destaca la de 11 de octubre de 1999 (RJ\1999\7323) de acuerdo con la cual la sociedad no puede impedir a un empleado que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante para la que precisamente estaba profesionalmente preparado, así como tampoco puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya, pasando aquel empleado a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa.

La de 8 de octubre de 2007 (RJ 2007\6805), por su parte, reitera que en principio, la lucha por la captación de la clientela es lícita, y razones de eficiencia económica la justifican.

Finalmente, en la misma línea que lo anterior, la STS 8 de junio de 2009 (RJ\2009\4573) precisa con referencia a la captación de la clientela, que no existe acto ilícito cuando se produce tal captación una vez extinguido el vínculo contractual anterior. Esto es así porque, si bien la clientela supone para la sociedad un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente en el mercado puede utilizar aquellos mecanismos de esfuerzo y eficiencia en orden a arrebatar la clientela al competidor.

Sobre lo último comentado, es necesario analizar si se respeta la cláusula general de los actos de competencia desleal recogida en el artículo 4.1 LCD, en el cual se dispone que se considerará desleal “*todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. Esta cláusula se concibe, por tanto, como un método para reprimir aquellos comportamientos que atentan contra la buena fe objetiva que debe regir en un sistema de libre mercado. Aquí es donde entra en juego la otra postura de la doctrina.

De esta forma, la STS 348/2002 de 19 abril (RJ 2002\3306) estableció lo siguiente sobre un administrador de una sociedad perjudicada que constituye una nueva empresa y que se hace con la cartera clientes de la sociedad que abandona:

“[...] por un lado la marcha en bloque y de la práctica totalidad de la plantilla de colaboradores de la sociedad actora [...] y su incorporación inmediata y con absoluta solución de continuidad a la empresa demandada [...]; por otro y también al mismo tiempo, 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 [...]; 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 esta misma línea la STS de 3 de julio de 2006 (RJ 2006\6168) defiende lo siguiente:

“La ilicitud se produce desde el momento que se observa una conducta encaminada a la captación y trasvase de clientela, y que se manifiesta fundamentalmente en dos facetas: aprovechamiento indebido del listado de clientes de la actora, y a los que no sólo le comunican su propósito sino que además les ofrecen los servicios. Se produce un aprovechamiento del esfuerzo, de la inversión y del fondo de comercio -clientela- ajenos, y se causa un menoscabo a la sociedad actora al producirse un descenso acusado e importante de la cartera de clientes”.

El mismo razonamiento declaró el TS en la sentencia de 8 de octubre de 2007 (RJ 2007\6805):

“Los hechos apreciados apuntan, sobre todo, al dato de que en pocos días después del cese como empleados de la empresa actora, los demandados consiguieron captar a 86 clientes de los 200 que tenía la empresa (casi el 40%) para una sociedad que habían constituido previamente con el mismo objeto que el que tenía la sociedad a la que servían, en una gestión cuyo desarrollo, en la generalidad de los casos, supone contactos previos, desarrollados cuando estaban en la misma empresa, pues de otro modo no parece posible conseguir tal éxito en quince días naturales, [...]”.

Debemos concluir por tanto, que estamos ante una cuestión de interpretación del TS sobre si la captación de clientela supone un ilícito de competencia desleal.

Es evidente que la cartera de clientes supone para Augusta Nerea, S.A. un importante valor económico, sin embargo ésta no puede invocar ningún título respecto de esta cartera, ni pretender una efectiva fidelización, puesto que nada impide su captación por otras empresas cuando ello tiene lugar de modo normal o medios lícitos.

La cuestión es, en definitiva, establecer si estamos ante un caso de utilización ilícita de la información adquirida mientras trabajaban en Augusta Nerea, S.A., valiéndose de forma ilegítima el listado de clientes de ésta a los que proceden a enviarles un correo electrónico para promocionar la nueva empresa en la que presta sus servicios, dando lugar a un aprovechamiento indebido de esa cartera de clientes como fondo de comercio de la empresa; o si, por el contrario, adoptando la otra postura de la jurisprudencia, las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector o actividad que componen la formación y capacitación profesional de estos trabajadores, son de libre e incluso necesario uso por ellos una vez se han desvinculado de la anterior empresa, comprendiendo en este acervo adquirido el conocimiento de la clientela a la que haya tenido acceso mientras trabajaba para aquélla, precisamente por haber prestado materialmente el servicio y haber mantenido trato directo con dicha clientela.

En otro orden de cosas, la Ley prohíbe en su artículo 9 los actos de denigración, es decir, la realización o difusión de manifestaciones sobre un competidor que puedan menoscabar su crédito en el mercado, esto es, que puedan desmerecer la reputación del competidor ante los consumidores cuando no se trata de hechos verdaderos y exactos. Su prohibición está justificada porque provocan decisiones irracionales por parte de los consumidores en cuanto que estos pueden tomar su decisión de contratar o no con un competidor determinado influidos por informaciones inexactas o falsas. Se trata, pues, de un acto de obstaculización del libre ejercicio de su empresa del empresario denigrado

De esta forma, cabría la posibilidad de analizar si se ha producido un acto de denigración, por las manifestaciones vertidas por parte de los trabajadores entre los clientes de la sociedad sobre la actual situación crítica en la que se encuentra la empresa, económicamente hablando.

En base a lo establecido en el artículo 9 LCD han de tenerse en cuenta dos criterios fundamentales para determinar si estamos en presencia de un acto de denigración. En primer lugar, la aptitud de la manifestación o expresión para menoscabar el crédito de un tercero dentro del mercado se considera un punto esencial para determinar la posible existencia de un acto de denigración de acuerdo con la LCD. Es decir, se requiere que dicha manifestación efectivamente sea apta para causar un daño. Así, siguiendo lo establecido por la SAP de Alicante de 15 de febrero de 2008 (JUR 2008\166856):

“Si bien es cierto que no se requiere un ánimo específico de denigrar, ni de producir la alteración de la reputación del competidor, ni que la comunicación haya tenido eficacia, sin embargo ha de existir la idoneidad o aptitud del acto, sin que su objetividad se pueda medir como pretende el recurrente por la opinión de una sola persona, y sin tomar en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, y entre ellas el contexto en que se produjeron las manifestaciones y la finalidad.

Lo relevante es que los actos presenten una aptitud objetiva para menoscabar el crédito del competidor en el mercado, para alterar su reputación comercial o para afectar a las decisiones de los intervinientes en dicho mercado”.

De ahí que para determinar la existencia de actos denigratorios no sea necesario probar la intención o el dolo por parte de los trabajadores si no su aptitud para provocar daño.

Asimismo, otro de los criterios fundamentales que han de tomarse en cuenta para determinar si estamos en presencia de un acto de denigración es el denominado *exceptio veritatis*. La Ley plantea la exigencia de que para que las expresiones o manifestaciones objeto de análisis no se consideren desleales deben estar amparadas por el citado criterio, que pide que dichas manifestaciones o expresiones sean exactas, verdaderas y pertinentes. La definición de estos conceptos aparece reflejada en la SAP de Alicante de 9 de diciembre de 2013 (AC 2014\901):

“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”.

La misma sentencia prevé que la *exceptio veritatis* ha de ser probada siempre por el demandado según prevé el artículo 217.4 LEC²⁹, que deberá justificar sus afirmaciones o expresiones cumpliendo con los tres requisitos cumulativos citados anteriormente.

Siguiendo con esto, los trabajadores de la sociedad podrían probar la exactitud de las afirmaciones, ya que Augusta Nerea S.A. se encuentra efectivamente en una situación de insolvencia inminente. En cuanto a la veracidad de las alegaciones sería necesario analizar los correos enviados a los clientes para comprobar que las declaraciones allí vertidas se corresponden con una imagen fiel de la realidad, puesto que las palabras utilizadas por los empleados podrían generar una percepción equivocada de la gravedad de la situación en la que la empresa está inmersa, haciéndoles creer, por ejemplo, que Augusta Nerea S.A. va a entrar en concurso y no va a poder seguir ofreciendo sus servicios. Finalmente, se consideraran pertinentes o no en función de si las manifestaciones han influido en la formación de las preferencias y adopción de decisiones por parte de los consumidores cuando estén justificadas en la falsedad de que Augusta Nerea S.A. no va a poder atender las necesidades de sus clientes por la situación crítica en la que se encuentra, en caso de que así fuera estas afirmaciones serían competentes.

Respecto a esto último, si las alegaciones no fueran veraces y no provocaran en los destinatarios una representación fiel de la realidad, se podría considerar que está habiendo actos de engaño por parte de los trabajadores de los recogidos en el artículo 5.1 g) LCD. El citado precepto recoge expresamente como desleal aquella conducta que contenga información falsa o información, que aun siendo veraz, por su contenido o presentación pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida, en este caso, sobre su solvencia.

VI.5. Conclusiones

Contra las conductas descritas, Augusta Nerea S.A. podrá ejercer las siguientes acciones que se recogen a continuación.

Por una parte, en lo que se refiere al abandono de los trabajadores sin aviso previo, como ya hemos dicho, el *quantum* indemnizatorio aparece predeterminado por el convenio, lo cual evita la necesidad de acreditar la existencia de un perjuicio y su cuantía por el empresario (artículo 1.152 CC). En el caso de que el convenio colectivo no estableciera la cuantía de la indemnización la empresa podría llevar a cabo contra los empleados una acción de resarcimiento de los daños y perjuicios cuya cuantía determinará el juez. Así las SSTS de 25 de marzo de 1991 (RJ 1991\2443), 26 de marzo (RJ 1997\1864) y 19 de junio de 1997 (RJ 1997\5425), y 7 de abril de 2004 (RJ

²⁹“En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente”.

2004\2053), sostienen que la función de calcular los daños indemnizables es atribuida exclusivamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las pruebas en relación a las actuaciones.

Por otra parte, en relación a los actos de competencia desleal, la sociedad podrá ejercitar las acciones correspondientes previstas en el artículo 32.1 LCD en defensa de aquellos intereses económicos que hayan resultado perjudicados o amenazados por las conductas desleales de sus antiguos trabajadores, así como de la nueva sociedad constituida por éstos. Entre éstas acciones podrán ejercitar, concretamente, la acción declarativa de deslealtad (artículo 32.1.1ª), la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura (artículo 32.1.2ª), así como la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente (artículo 32.1.5ª).

BIBLIOGRAFÍA

AZNAR GINER, E., *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BENEYTO CALABUIG, D., HERRERO GUILLEM, V.M. y PRADOS DE SOLÍS, J.M., *2000 Soluciones Laborales*, CISS grupo Wolters Kluwer, Valencia, 2014.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J. y ÁLVAREZ CARRIAZO, J. L., *Contabilidad de sociedades*, Centro de Estudios Financieros (CEF), Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., “La toma de decisión del acuerdo extrajudicial de pagos por los acreedores, efectos y su impugnación” en *Cuestiones actuales sobre derecho concursal; responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, RUIZ DE IZA, P. y BARBER MARRERO. L. (Dir.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2014.

GONZÁLEZ PÉREZ, C. “La masa pasiva” en *Practicum concursal*, PRENDES CARRIL, P. y PONS ALBENTOSA, L. (Dir.), PASTOR GARCÍA, D. y PRENDES FIGUEIRAS, L. (Coords.), Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2014.

JUECES DE LO MERCANTIL DE MADRID “Conclusiones de la reunión de magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales del 11 de octubre de 2013” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 20, LA LEY grupo Wolters Kluwer, 2013, Sección Documentos e informes, Julio-Diciembre. Recuperado de <http://goo.gl/6TML5c>

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

PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 20, LA LEY grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

ROJO, A., *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen II, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dir.), APARICIO, M.L. (Coord.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2014.

SÁNCHEZ MAGRO, A., “Acuerdo extrajudicial de pagos” en *Practicum concursal*, PRENDES CARRIL, P. y PONS ALBENTOSA, L. (Dir.), PASTOR GARCÍA, D. y PRENDES FIGUEIRAS, L. (Coords.), Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2014.

SEMINARIO DE 25 DE ENERO, 26 DE ABRIL DE 2012 Y 14 DE MAYO DE 2012 “Conclusiones de los jueces de lo Mercantil de Cataluña sobre algunos aspectos de la Declaración del concurso y del Procedimiento abreviado después de la reforma de la Ley concursal por la Ley 38/2011” en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*:

Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, nº 17, Madrid, LA LEY grupo Wolters Kluwer, 2012.

YÁÑEZ EVANGELISTA, J., “De la formación de la masa activa y las acciones de reintegración a la masa activa” en *Practicum concursal*, PRENDES CARRIL, P. y PONS ALBENTOSA, L. (Dir.), PASTOR GARCÍA, D. y PRENDES FIGUEIRAS, L. (Coords.), Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2014.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Central de Trabajo 15 de noviembre de 1983 (RTCT 1983\9654)

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 noviembre 1990 (RJ 1990\8613)

Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1991 (RJ 1991\2443)

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1992 (RJ 1992\539)

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 noviembre de 1995 (RJ 1995\8317)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 abril de 1997 (RJ 1997\3374)

Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997 (RJ 1997\1864)

Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1997 (RJ 1997\5425)

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1999 (RJ\1999\7323)

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 marzo de 2000 (RJ 2000\1502)

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2000 (RJ 2000\3934)

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 abril de 2001 (RJ 2002\6115)

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 marzo de 2002 (RJ 2002\2421)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 abril de 2002 (RJ 2002\3306)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio de 2002 (RJ 2002\8252)

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 marzo de 2003 (RJ 2003\2308)

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6829)

Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004 (RJ 2004\2053)

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 marzo 2005 (RJ 2005\3510)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 11 de noviembre de 2005 (JUR 2006\162342)

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2006 (RJ 2006\510)

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2006 (RJ 2006\6168)

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2006 (RJ 2006\7697)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 septiembre de 2006 (RJ 2006\7477)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007 (RJ 2007\2418)

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2007 (RJ 2007\5597)

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo de 2007 (RJ 2007\3608)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007 (RJ 2007\5092)

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2007 (RJ 2007\6805)

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 noviembre de 2007 (RJ 2008\32)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de febrero de 2008 (ARP 2009\461)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 15 de febrero de 2008 (JUR 2008\166856)

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008\3184)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\4451)

Sentencia del Tribunal Supremo 8 de junio de 2009 (RJ\2009\4573)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 abril de 2010 (RJ 2010\3538)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de octubre de 2010 (RJ 2010\384900)

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011\239)

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011 (RJ 2011\2349)

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 marzo de 2012 (RJ 2012\4869)

Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 7 mayo 2012 (AC 2012\2068)

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 29 junio de 2012 (AC 2012\1705)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 (RJ 2012\10415)

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2013 (RJ 2013\4497)

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

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 (RJ 2014\2159)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de julio de 2014 (AS 2014\2038)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 julio de 2014 (RJ 2014\4590)

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 28 agosto 2014 (JUR 2014\234315)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2014 (RJ 2012\10415)

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 noviembre de 2014 (RJ 2014\6154)