

UNIVERSIDADE DE A CORUÑA

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

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Tania Follente Ruibal

Tutor: Julio García Camiñas

**Programa de simultaneidad de
grados Derecho y ADE**

Índice

1. Introducción	4
2. Alternativas para evitar la declaración de concurso	5
2.1 Acuerdos de refinanciación	6
2.1.1 Artículo 5 bis LC	6
2.1.2 Artículo 71 bis LC	6
2.1.3 Disposición Adicional 4ª	7
2.2 Acuerdo extrajudicial de pagos	10
2.2.1 Presupuestos del acuerdo extrajudicial de pagos y prohibiciones	10
2.2.2 Solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos	12
2.2.3 Mediador Concursal.....	13
2.2.4 Convocatoria a la reunión.....	14
2.2.5 Efectos del inicio del acuerdo extrajudicial de pagos.....	14
2.2.6 Plan de pagos	14
2.2.7 Celebración de la reunión de acreedores.....	15
2.2.8 Formulación y supervisión del acuerdo.....	15
2.2.9 Impugnación del acuerdo	16
2.2.10 Efectos de la aprobación del acuerdo	16
2.2.11 El concurso consecutivo	16
2.3 Aplicación al caso	17
3. Desequilibrio patrimonial y declaración de concurso	18
3.1 Consideraciones sobre el Patrimonio Neto	18
3.2 Presupuesto objetivo del concurso de acreedores	19
3.3 Aplicación al caso	21
4. Masa pasiva y clasificación de créditos.....	22
4.1 Créditos contra la masa	22
4.2 Clasificación de la masa pasiva.....	23
4.2.1 Créditos privilegiados	23
4.2.2 Créditos ordinarios	24
4.2.3 Créditos subordinados.....	24

4.3 Préstamos societarios e infracapitalización	24
4.4 Aplicación al caso	26
5. Acciones de reintegración	27
5.1 Ámbito objetivo.....	27
5.2 Especialidades en torno a los acuerdos de refinanciación.....	28
5.3 Principio de paridad de trato	28
5.4 Legitimación para el ejercicio de acciones rescisorias.....	29
5.5 Efectos de la rescisión	29
5.6 Aplicación al caso	30
6. Acuerdos sociales y responsabilidad de los administradores	32
6.1 La administración de la sociedad	32
6.1.1 Remuneración de los administradores.....	32
6.1.2 Deber de diligencia de los administradores	33
6.1.3 Responsabilidad social de los administradores	34
6.2 Responsabilidad penal	35
6.2.1 Delitos societarios.....	35
6.2.2 Falsedad en documento mercantil	35
6.3 Impugnación de acuerdos sociales	35
6.4 Aplicación al caso	37
7. Extinción del contrato laboral y competencia desleal	39
7.1 Extinción de la relación laboral.....	39
7.2 Competencia desleal.....	40
7.2.1 Artículo 4 LCD: Cláusula general.....	41
7.2.2 Artículo 9 LCD: Actos de denigración	41
7.2.3 Artículo 13 LCD: Violación de secretos	42
7.2.4 Artículo 14 LCD: Inducción a la infracción contractual.....	42
7.2.5 Acciones contra la competencia desleal.....	42
7.3 Aplicación al caso	44
8. Conclusiones	46
9. Bibliografía	47

1. Introducción

El supuesto de hecho que guía la elaboración de este trabajo versa sobre diferentes cuestiones societarias y concursales que se le plantean a una Sociedad Anónima. Esta sociedad, constituida en 1999 y denominada Augusta Nerea, S.A. es ostentada por don Plácido y doña Nélica por partes iguales, ejerciendo ambos de administradores solidarios de la misma, siendo su objeto social el propio de una agencia de viajes.

Las circunstancias económicas que ha atravesado en los últimos años le han llevado a una posible situación de insolvencia por lo que, en un primer momento, se plantearán las posibles alternativas que tiene la sociedad para evitar la declaración de concurso, como son los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos, y se tratará de vislumbrar cuál de ellas se adapta mejor a la situación de la sociedad.

Este contexto económico también ha propiciado un desequilibrio patrimonial, concretamente el que recoge el art. 363.1 e) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el cual será analizado para ver las implicaciones que tiene en la necesidad de declaración de concurso, lo que nos llevará al estudio del presupuesto objetivo del concurso de acreedores.

Asimismo, se abordará la clasificación de los créditos ante una posible declaración de concurso, así como las acciones de reintegración que se pudiesen llevar a cabo ante el pago de determinadas deudas de la sociedad. Por otra parte, se realizará un breve análisis de la aportación de liquidez por parte de los socios en forma de préstamo en relación al fenómeno de la infracapitalización.

Otro punto relevante será el estudio de la propia administración de la sociedad, fundamentalmente en lo que respecta a su retribución, y la responsabilidad societaria e incluso penal en que hubiese podido incurrir don Plácido por sus actuaciones en el ejercicio del cargo.

Finalmente, se planteará la situación de los trabajadores en lo que respecta a la cesación voluntaria del puesto, y la aplicación de la Ley de Competencia Desleal ante un escenario en el cual los trabajadores inician por su cuenta una actividad idéntica a la que realiza la sociedad para la que prestaban sus servicios, tratando de captar la clientela de ésta.

2. Alternativas para evitar la declaración de concurso

En los últimos años, la legislación concursal ha tratado de establecer alternativas a las que pueda acudir el deudor a fin de evitar la declaración de concurso. Por un lado, en el año 2009 aparece la figura de los acuerdos de refinanciación, a través del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal. Esta institución surge para dar respuesta a la situación económica del momento, estando fundamentalmente orientada a aquellas empresas con problemas derivados de la crisis inmobiliaria. Las empresas dedicadas a esta actividad adquirirían crédito apoyándose en sus activos inmobiliarios, pero cuando la burbuja estalla estos sufren una minusvaloración, dando lugar a un exceso de endeudamiento, al mismo tiempo que la caída de la demanda ocasiona falta de liquidez. Ante este contexto, los acuerdos de refinanciación pretendían posibilitar la refinanciación de la deuda para que la empresa pudiese continuar con su actividad hasta que se superase la crisis inmobiliaria, así como facilitar las transmisiones de activos inmobiliarios pudiendo reducir así el nivel de deuda. Por otro lado, conseguía un beneficio indirecto, y es que las entidades de crédito evitaban incorporar a sus balances activos inmobiliarios. Sin embargo, con el nuevo Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, el acuerdo de refinanciación trata de amoldarse a otros sectores económicos como el de la industria. Las modificaciones implementadas tratan de facilitar la adopción de medidas como la reestructuración del pasivo, la reestructuración de la empresa o la conversión de deuda en capital (debt equity swap), a la vez que incrementa el nivel de protección de los acreedores firmantes del acuerdo de refinanciación. La finalidad última de los acuerdos de refinanciación es la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Por otro lado, con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, se introduce el acuerdo extrajudicial de pagos que, junto con el acuerdo de refinanciación, se presenta como un “instituto preconcursal”, es decir, como una nueva alternativa a la declaración de concurso. A través del mismo se pretende que acreedores y deudor lleguen a un acuerdo para la cancelación de las deudas, a través de la intervención del mediador concursal. Así, el nuevo Título X de la Ley Concursal recoge, bajo la rúbrica de “El acuerdo extrajudicial de pagos”, el acuerdo entre deudor y acreedor fuera del procedimiento concursal y, a la vez, un nuevo tipo de concurso, el consecutivo, que el art. 242 define como aquel que solicita el mediador concursal, el

deudor o los acreedores ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, o por haberse incumplido el plan de pagos acordado.

A continuación se exponen en profundidad estas dos alternativas al concurso.

2.1 Acuerdos de refinanciación

Como ya se ha expuesto, se introducen en el año 2009, posteriormente en 2011 son objeto de modificación con la reforma de la Ley Concursal, pero ha sido sobre todo la reforma abordada en el año 2014 la que ha supuesto una importante modificación de esta institución, fundamentalmente en lo que respecta a la homologación judicial de los acuerdos, por lo que debemos ceñirnos a los criterios vigentes en la actualidad.

Los artículos destinados a la regulación de los acuerdos de refinanciación en la Ley Concursal son el art. 5 bis, el art. 71 bis y la Disposición Adicional 4ª.

2.1.1 Artículo 5 bis LC

El primero de ellos aborda la comunicación del inicio de negociaciones al juzgado correspondiente y los efectos que esta lleva aparejados. Pudiendo realizarse en cualquier momento dentro del plazo de dos meses que establece el art. 5 para solicitar la declaración de concurso, la comunicación al juzgado correspondiente del inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación suspende la necesidad de solicitar la declaración del concurso voluntario. El apartado cuarto del citado precepto establece una serie de efectos complementarios apuntando que, tras la comunicación al juzgado del inicio de negociaciones para alcanzar determinados acuerdos y hasta el plazo previsto para que se lleven a efecto, se impide la iniciación de ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor y se suspenden las que ya hayan sido iniciadas, exceptuándose los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público. Con respecto a las ejecuciones que recaigan sobre bienes que no se incluyan en la definición anterior, también se podrán suspender, siempre que el inicio de las negociaciones haya sido expresamente apoyado por, al menos, el 51% del pasivo financiero. El plazo máximo de suspensión, en cualquier caso, es de 3 meses. Hay que apuntar que, formulada la comunicación, no podrá llevarse a cabo otra por el mismo deudor en el plazo de un año.

En coherencia con la finalidad que se pretende, el art. 15.3 LC impide a su vez la admisión de solicitudes de concurso realizadas por cualquier otro legitimado distinto del deudor una vez que este último haya realizado la comunicación prevista en el art. 5 bis.

2.1.2 Artículo 71 bis LC

El art. 71 bis se encarga de explicar los requisitos de todo acuerdo de refinanciación, aunque existen diferentes tipos.

En primer lugar, el apartado 1 se refiere a aquellos acuerdos que amplían de manera significativa el crédito disponible del deudor, ya sea a través de una prórroga del vencimiento o mediante la adopción de obligaciones sustitutivas de las anteriores. Éstos deben responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial en el corto y el medio plazo. Esta tipología exige tres requisitos más formales, como son:

- Ser suscrito por, al menos, 3/5 del pasivo del deudor. En todo caso, se excluyen del cómputo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.
- Certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo.
- Formalización en instrumento público, junto con todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

En segundo lugar, el siguiente apartado habla de aquellos acuerdos que, sin cumplir los requisitos expuestos anteriormente, gozan de irrevocabilidad cuando cumplan los siguientes requisitos (art. 71 bis 2. LC):

- *“Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa*
- *Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente*
- *Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo [...]*
- *Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa*
- *Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes [...]*”

Hay que tener en cuenta que, aunque el art. 71 bis 2. declara que este tipo de acuerdos no serán rescindibles siempre que se hayan realizado con anterioridad al concurso, el art. 5 bis 1., cuando expone los actos o acuerdos susceptibles de exonerar al deudor de solicitar la declaración del concurso voluntario, se refiere expresamente a los acuerdos de refinanciación previstos en el art. 71 bis 1. y en la Disposición adicional 4ª, excluyendo los acuerdos recogidos en el art. 71 bis 2. Por tanto se presentan como una vía que trata de mejorar la situación patrimonial del deudor, pero que no suponen una barrera a la hora de que se declare el concurso por parte de los acreedores o de que sea exigible que lo haga el deudor, así como tampoco son susceptibles de impedir o suspender las ejecuciones judiciales o extrajudiciales tratadas en el art. 5 bis 4. LC.

2.1.3 Disposición Adicional 4ª

Finalmente, la Disposición Adicional 4ª recoge la posibilidad de que determinados acuerdos de refinanciación puedan ser homologados, siempre que cumplan

determinados criterios expuestos en este precepto. Por tanto, es importante tener en cuenta que no todo acuerdo de refinanciación es, por sí mismo, homologable.

Es el apartado 1 de esta disposición el que se encarga de establecer alguno de los requisitos de la homologación, que giran en torno a las mayorías con las que los acuerdos son adoptados, de forma que, en función de estas, no solo se determina si el acuerdo es homologable o no, sino que a su vez los efectos de la homologación varían.

La homologación es posible en aquellos acuerdos de refinanciación que cumplan tres requisitos:

- Haber sido adoptados por, al menos, el 51% de los pasivos financieros, excluyendo del cómputo aquellos pasivos de los que sean titulares personas especialmente relacionadas a las que se refiere el art. 93.2 LC. Este porcentaje se incrementa hasta el 75% cuando se trate de un préstamo sindicado, salvo que el acuerdo de sindicación establezca un porcentaje inferior. Se entiende por acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier tipo de endeudamiento financiero, excluyéndose los acreedores por créditos laborales, por operaciones comerciales, y los acreedores de pasivos de derecho público (Disp. Adic. 4ª1 LC).
- Reunir las condiciones que marca el art. 71 bis 1. a) y los números 1º y 2º de la letra b), es decir, que suponga una ampliación significativa del crédito disponible o modifique o cancele sus obligaciones, que haya sido suscrito por 3/5 del pasivo del deudor y que se emita certificación del auditor de cuentas comprobando la mayoría exigida en el pasivo (Disp. Adic. 4ª1 LC).
- No haber solicitado una homologación dentro del año anterior (Disp. Adic. 4ª12 LC).

Como se ha apuntado, los efectos de la homologación varían en función de las mayorías alcanzadas, por tanto no todos gozarán de la misma extensión.

Acuerdos suscritos por el 51% del pasivo financiero: Son homologables, pero no son susceptibles de imponer sus efectos a los no participantes o disidentes. Pese a que la mayoría se debe alcanzar teniendo en cuenta exclusivamente a los acreedores de pasivos financieros, el resto de acreedores, a excepción de los de pasivos de derecho público, podrán adherirse voluntariamente al acuerdo. Estos acuerdos de refinanciación no serán rescindibles, si bien pueden ser objeto de las acciones de impugnación a las que se refiere el art. 72.2 LC.

Acuerdos suscritos por el 60% del pasivo financiero pero menos del 75%: Se extenderán al resto de acreedores las esperas, sea cual fuere la cantidad adeudada, por un plazo no superior a 5 años, o la conversión de su deuda en préstamos participativos por el mismo plazo. Es de destacar que afectará tanto a los acreedores que no gocen de garantía real como a aquellos que si la ostentan, pero en la parte de su crédito que exceda del valor de la garantía real.

Acuerdos suscritos por el 75% del pasivo financiero: Con esta mayoría se ensanchan los límites del supuesto anterior, de forma que se podrán imponer las esperas superiores a 5 años pero con un máximo de 10 años. Además, se extienden las quitas,

las capitalizaciones de créditos (aunque se puede optar por una quita equivalente), la conversión de deuda en un instrumento financiero de características diferentes a las originarias, y la cesión de bienes o derechos a los acreedores en concepto de pago de la totalidad o parte de la deuda.

Crédito cubierto por garantía real: Como hemos visto, los efectos de la homologación se pueden extender a acreedores que no gocen de garantía real o a aquellos que si la ostenten, pero en la parte del crédito que exceda de tal garantía. Por tanto, es de recibo señalar el tratamiento que tienen aquellos créditos, o parte de los mismos, cubiertos con garantía real. Si el acuerdo de refinanciación hubiese contado con el apoyo del 65% del valor total de las garantías acordadas, se extenderán a estos las esperas y las conversiones de dudas en préstamos participativos por un plazo no superior a 5 años; si el apoyo que recibe alcanzase el 80% se extenderán el resto de medidas tratadas en el apartado anterior, correspondientes a la Disp. Adic. 4ª 3 b).

Una vez se admita a trámite la solicitud de homologación, y hasta que ésta se acuerde, se paralizan las ejecuciones singulares, que podrán retomarse, o en su caso iniciarse, una vez se produzca la homologación, siempre que el acuerdo de refinanciación no afecte a esos pasivos financieros objeto de reclamación.

Otra característica relevante es que aquellos acreedores a los que les haya afectado la homologación, pero que no hayan suscrito el acuerdo o se hayan mostrado disconformes con el mismo, mantienen sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas.

La solicitud de la homologación, que se realizará ante el juzgado al que le correspondería declarar el concurso, debe ir acompañada de:

- Acuerdo de refinanciación.
- Certificación del auditor de cuentas de que se han alcanzado las mayorías correspondientes.
- Informes sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad y sobre la proporcionalidad de las garantías que se hayan realizado, de acuerdo con el art. 71 bis 1.2º.
- Informes acreditativos del valor razonable de bienes sobre los que recae una garantía.
- Certificación del aumento de capital en caso de que este se pretenda efectuar.

La resolución del juez sobre si se homologa el acuerdo se desarrollará en un plazo de 15 días, en el que se debe comprobar la concurrencia de todos los requisitos exigidos.

Finalmente, aquellos acreedores de pasivos financieros que no hubiesen suscrito el acuerdo o que hubiesen manifestado su disconformidad podrán impugnar la homologación en los 15 días siguientes a su publicación.

El Real Decreto Ley 4/2014 ha introducido una novedad en cuanto al tratamiento de aquellos créditos que supongan una inyección de tesorería y que hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, mostrando así su intención de apostar por la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Hasta

marzo de 2016 esos créditos, en caso de que finalmente se produzca el concurso, tendrán la consideración de créditos contra la masa en toda su cuantía, a excepción de los intereses que hayan podido generar, incluidos los otorgados por personas relacionadas. A partir de esa fecha el tratamiento cambia, de forma que solo se considerará crédito contra la masa el 50% del importe, mientras que el otro 50% se engloba dentro de los créditos con privilegio general.

En la misma línea, y también tras la reforma del 2014, se altera el tratamiento de los créditos capitalizados en virtud de un acuerdo de refinanciación, de forma tal que, en caso de posterior concurso, no tendrán la consideración de persona especialmente relacionada y por tanto no se subordinarán sus créditos.

2.2 Acuerdo extrajudicial de pagos

Se ubica en el Título X de la Ley Concursal, el cual fue incorporado en virtud de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Su finalidad es un acuerdo de voluntades entre acreedores y deudor para la satisfacción de los créditos de una forma menos gravosa que el concurso, a través de la propuesta elaborada por el mediador concursal.

2.2.1 Presupuestos del acuerdo extrajudicial de pagos y prohibiciones

El art. 231 LC encabeza el Título X exigiendo una serie de presupuestos, tanto objetivos como subjetivos, para que se pueda iniciar el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

En cuanto al presupuesto subjetivo, tienen la posibilidad de solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos el empresario persona natural, concepto que engloba a los que ejerzan actividades profesionales o tengan la consideración de empresario a efectos de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos; toda persona jurídica, aclarando la norma que es indiferente que sean o no sociedades de capital, por lo que se incluyen las sociedades mercantiles, las sociedades civiles, las asociaciones y las fundaciones. Al tenor de lo expuesto, quedan fuera del ámbito subjetivo del acuerdo extrajudicial de pagos toda entidad que carezca de personalidad jurídica, así como las personas naturales no empresarios. Además, en su último párrafo, el art. 231 excluye expresamente a las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Por lo que respecta a los presupuestos objetivos, la norma diferencia entre empresario persona natural y persona jurídica, estableciendo criterios diferentes.

Si estamos ante un empresario persona natural, los requisitos son los siguientes:

- Que se encuentre en estado de insolvencia (art. 2 LC), o que prevea que no podrá hacer frente de forma regular a sus obligaciones.
- Presentación del balance que certifique que su pasivo no supera los 5 millones de euros.

Por el contrario, si se trata de una persona jurídica, es necesario:

- Que se encuentre en estado de insolvencia.
- Que en el caso de declararse el concurso, este no fuese considerado de especial complejidad (art. 190 LC), para lo que debe concurrir alguno de los siguientes criterios:
 - Menos de 50 acreedores
 - Pasivo inferior a 5 millones de euros
 - Valoración de bienes y derechos inferior a 5 millones de euros
- Que existan activos líquidos suficientes para hacer frente a los gastos propios del acuerdo, fundamentalmente la retribución del mediador concursal.
- Que el patrimonio y los ingresos previsibles permitan lograr de forma exitosa un acuerdo de pago con una espera no superior a tres años y una quita no superior al 25% de los créditos afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 236.1 LC).

En los restantes apartados del artículo 231 se establecen una serie de supuestos bajo los cuales se prohíbe iniciar el acuerdo, aun cumpliéndose los presupuestos anteriores:

- Si el deudor ha sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.
- Si el deudor no figurase inscrito con antelación en el Registro Mercantil, en el caso de que su inscripción fuese obligatoria.
- Si el deudor ha incumplido, en los tres ejercicios inmediatamente anteriores, la obligación legal de llevanza de la contabilidad o de depósito de las cuentas anuales.
- Si el deudor, en los tres ejercicios inmediatamente anteriores, hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos, hubiese obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubiese sido declarado en concurso de acreedores.
- Si el deudor se encuentra negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o si se ha admitido a trámite su solicitud de concurso.
- Si alguno de los acreedores del deudor que inevitablemente habría de verse afectado por el acuerdo hubiese sido declarado en concurso. Es importante señalar que esta situación debe ser previa a la admisión de la solicitud del acuerdo, pues si el concurso sobreviene cuando el expediente ya está en trámite no constituirá un impedimento.

Se debe tener en cuenta que el acuerdo extrajudicial de pagos no puede afectar a los créditos de derecho público, si bien la Disposición Adicional Séptima de la Ley Concursal establece un mecanismo de aplazamiento o fraccionamiento de este tipo de créditos ante un acuerdo extrajudicial. En estos casos, y tras la admisión a trámite del acuerdo extrajudicial, el deudor debe solicitar a la Administración Pública correspondiente un aplazamiento o un fraccionamiento de las deudas pendientes de ingreso en esa fecha, salvo que tuviese previsto hacer efectivo el pago en el plazo establecido en la normativa aplicable.

Si se trata de una deuda con la Hacienda Pública la tramitación de la solicitud se regirá por la Ley General Tributaria, mientras que si se trata de una deuda con la

Seguridad Social, la normativa aplicable será el Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Pese a la normativa especial en cada caso, se aplican las siguientes especialidades:

- El acuerdo de resolución del aplazamiento o fraccionamiento solo podrá dictarse cuando el acuerdo extrajudicial de pagos haya sido formalizado. Sin embargo, es posible resolver antes de esta circunstancia si, transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud, no se ha publicado en el BOE la existencia de tal acuerdo, o bien si se declara el concurso.
- Por regla general, el acuerdo de concesión del aplazamiento o fraccionamiento tendrá como referencia temporal máxima la que se contempla en el acuerdo extrajudicial de pagos (3 años), si bien la periodicidad de los plazos puede ser diferente.

2.2.2 Solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos

La solicitud inicia el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, cuya consecuencia inmediata principal es el nombramiento del mediador concursal, que será analizado más adelante. Si el deudor fuese persona jurídica será el órgano de administración, o de liquidación en su caso, el competente para decidir sobre la solicitud.

En cuanto a la figura competente ante la cual solicitar el nombramiento del mediador concursal, hay que distinguir dos casos: si se trata de un empresario o entidad inscribible, la solicitud debe dirigirse al Registro Mercantil del domicilio del deudor; en los demás casos, la solicitud irá dirigida al notario del domicilio del deudor. Posteriormente, el Registrador Mercantil o el notario (en función del caso) analizarán la concurrencia de los presupuestos que se exigen para poder iniciar un acuerdo extrajudicial de pagos, a fin de admitir o inadmitir la solicitud, sin que exista posibilidad de subsanación.

La solicitud se realizará mediante instancia suscrita por el deudor, que deberá contener:

- El efectivo y los activos líquidos de los que dispone.
- Los bienes y derechos de los que sea titular.
- Los ingresos regulares previstos.
- Una lista de acreedores, con la cuantía de sus créditos y el vencimiento de los mismos, incluidos los de derecho público y los que gocen de garantía real.
- Una relación de los contratos vigentes.
- Una relación de los gastos previstos.
- En caso de que el deudor sea persona casada y no se encuentre en régimen de separación de bienes, debe indicar la identidad del cónyuge y el régimen económico matrimonial.
- En el caso de que el deudor estuviese obligado a llevar la contabilidad, debe adjuntar las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

2.2.3 Mediador Concursal

Como ya se ha mencionado, el efecto inmediato de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos es el nombramiento del mediador concursal por parte del órgano competente para conocer de la solicitud. Esta figura novedosa se encuentra regulada en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. El cargo de mediador, de acuerdo con el art. 233 LC, recaerá sobre la persona natural o jurídica que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial publicada en el BOE, previamente suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

El mediador concursal, que puede ser persona natural o jurídica, ha de cumplir una serie de requisitos objetivos, de formación y de confidencialidad, que se resumen de la siguiente manera:

- Requisitos objetivos:
 - Tener la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012.
 - Reunir alguna de las condiciones que establece el art. 27.1 LC, como son ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal; ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal; persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administrador concursal.
- Requisitos de formación:
 - Formación específica en el sector en el que preste sus servicios como mediador, en el marco jurídico, en los aspectos psicológicos, en la ética de la mediación, en los procesos y técnicas de comunicación y en las técnicas de negociación y resolución de conflictos.
- Requisitos de confidencialidad:
 - Se establece con carácter general, si bien se ha entendido que si sobreviene un concurso consecutivo, adoptando el mediador la posición de administrador concursal, se deriva una exoneración legal implícita del deber de confidencialidad solo específicamente respecto de esa posterior actuación como administrador concursal, y no en otros aspectos.

Tras la aceptación del nombramiento, el mediador concursal debe facilitar al Registrador Mercantil o al notario una dirección electrónica, con el fin de que los acreedores puedan, a través de ella, realizar cualquier comunicación o notificación. Así mismo, el Registrador Mercantil o el notario darán publicidad al nombramiento (art. 233.3 y .4 LC).

2.2.4 Convocatoria a la reunión

El siguiente paso es la convocación de una reunión entre el deudor y los acreedores. Esta convocatoria corre a cargo del mediador concursal, y tiene un plazo de diez días desde que acepta el nombramiento. La reunión debe celebrarse antes de pasados dos meses desde la aceptación, en la localidad del domicilio del deudor. La convocatoria expresará el lugar, fecha y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad y características de los créditos de cada uno de los acreedores.

El mediador convocará a los acreedores presentes en la lista presentada en su momento por el deudor, a excepción de los acreedores de derecho público, pues como hemos visto se encuentran fuera del ámbito de aplicación del acuerdo. Con respecto a los titulares de créditos con garantía real, también deben ser notificados, y en el caso de querer intervenir en el acuerdo, deben notificárselo al mediador concursal de forma expresa en el plazo de un mes desde la recepción de la convocatoria, de acuerdo con el art. 234.4 LC.

2.2.5 Efectos del inicio del acuerdo extrajudicial de pagos

El inicio del acuerdo extrajudicial de pagos produce una serie de efectos, tanto para el deudor como para los acreedores. En cuanto al deudor, éste puede continuar con su actividad, mas sometido a una serie de limitaciones expuestas en el art. 235.1 LC, como son la imposibilidad de solicitar la concesión de nuevos créditos, la devolución de las tarjetas de crédito de las que sea titular, y la abstención de emplear medios electrónicos de pago. Por lo que respecta a los acreedores, los efectos que la apertura del procedimiento despliega sobre ellos son:

- No pueden iniciar ejecuciones y se suspenden las que tuviesen pendientes, hasta un plazo máximo de 3 meses (art. 235.2 LC). Se exceptúan aquellos acreedores con garantía real, de modo que si decide iniciar o continuar con el procedimiento de ejecución no podrá participar en el acuerdo, y viceversa.
- Se impide el acceso al registro de la anotación preventiva de embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento del mediador concursal, a excepción de las anotaciones de embargo en garantía de créditos públicos y créditos con garantía real que no se unan al acuerdo.
- No podrán instar la declaración de concurso hasta transcurridos 3 meses desde la comunicación (arts. 235.6, 5bis 4., 15.3 LC).

2.2.6 Plan de pagos

Tras todos los trámites expuestos anteriormente, el mediador debe remitir a los acreedores, con una antelación mínima de 20 días naturales a la fecha de celebración de la reunión, el denominado plan de pagos, que no deja de ser una propuesta inicial de los pagos a efectuar a partir de la información aportada por el deudor, y un plan de viabilidad.

El plan de pagos debe contener una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos y la copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público. Este plan de pagos podrá consistir en esperas no superiores a tres años, quitas no superiores al 25% del importe de los créditos y cesión de bienes a los acreedores en pago de deudas.

El plan de viabilidad debe incluir una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para sí y para su familia, en el caso de que el deudor sea empresario persona natural, y un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollará.

En el plazo de 10 días desde el envío del plan de pagos a los acreedores, éstos podrán plantear alternativas o modificaciones, las cuales serán analizadas por el mediador y, posteriormente, enviará de nuevo a los acreedores el plan de pagos y de viabilidad finalmente aceptados por el deudor. Hay que apuntar que este plan de pagos finalmente enviado no tiene que ser definitivo, pues en la reunión puede sufrir alteraciones, excepto las condiciones planteadas en la propuesta inicial y que hayan sido aceptadas por los acreedores (vincularán los créditos de esos acreedores en concreto).

Así, si la mayoría del pasivo, excluidos los acreedores de derecho público y los de garantía real que no hubieran intervenido, deciden continuar con las negociaciones, se celebrará la reunión. En caso contrario, el mediador concursal estaría obligado a solicitar la declaración del concurso, de acuerdo con el art. 236.4 LC.

2.2.7 Celebración de la reunión de acreedores

Todo acreedor, excepto los de derecho público y garantía real, debe asistir a la reunión, salvo que hubiese manifestado su aprobación u oposición en tiempo y forma, pues de no ser así sus créditos serán calificados como subordinados en caso de concurso.

Las mayorías exigidas para la aprobación del plan de pagos son las siguientes:

- Voto favorable del 60% del pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo: Para aquellos planes de pago que prevean quitas de hasta el 25% y esperas de hasta 3 años.
- Voto favorable del 75% del pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo: Si el plan de pagos incluye, además de las quitas y las esperas ya mencionadas, cesión de bienes en pago de deudas. Hay que tener en cuenta que, en estos casos, se exige la aprobación del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes

2.2.8 Formulación y supervisión del acuerdo

Una vez aceptado el plan de pagos, es necesaria su formalización, que se realizará en escritura pública cuando el expediente haya sido abierto por el notario, o bien presentando copia ante el Registro Mercantil si el expediente fue abierto ante el Registrador Mercantil. Cualquiera de los dos actos cierran el expediente, debiéndose

comunicar este hecho al juzgado al que hubiese correspondido tramitar el concurso. Además, se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal.

De no ser aceptado el acuerdo, el mediador instará la declaración de concurso.

El mediador concursal supervisará el correcto cumplimiento del acuerdo, y en el momento en que este haya sido completamente cumplido se hará constar en acta notarial y se publicará en el BOE y el Registro Público Concursal. Si por el contrario fuese incumplido, el mediador instará inmediatamente el concurso.

2.2.9 Impugnación del acuerdo

El acuerdo es susceptible de impugnación en un plazo de 10 días desde su publicación por parte de aquellos acreedores que no hubiesen sido convocados a la reunión, los que no hubiesen votado a favor y los que hubiesen manifestado su oposición hasta los 10 días naturales previos a la reunión. Pese a todo, la impugnación no suspende la ejecución del acuerdo.

Las causas de impugnación están tasadas, y se reducen a la ausencia de las mayorías exigidas, el incumplimiento de los límites legales de la quita o de la espera, y la desproporción de estas.

2.2.10 Efectos de la aprobación del acuerdo

Una vez aprobado el acuerdo, este desprende nuevos efectos sobre los acreedores, recogidos en el art. 240 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.
- Cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiese ordenado.
- Los créditos quedan aplazados y remitidos según lo pactado.
- En caso de cesión de bienes, los créditos quedan extinguidos (en todo o en parte).
- Los acreedores conservan las garantías que tengan respecto del deudor solidario y los garantes personales del deudor.

2.2.11 El concurso consecutivo

El concurso consecutivo no es más que la declaración de concurso que sobreviene a un acuerdo extrajudicial de pagos, ya sea por la imposibilidad de alcanzar el acuerdo, por el incumplimiento del plan de pagos, o por anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado en virtud de una sentencia sobre la impugnación del mismo, como declara el art. 239.6 LC.

Este tipo de concurso presenta una serie de particularidades. En primer lugar, no se da opción a convenio, sino que se abre directamente la fase de liquidación, excepto que la insuficiencia de masa activa justificase su conclusión directa. En segundo lugar, el mediador concursal será designado administrador del concurso, salvo justa causa, y por norma general su retribución no podrá ser superior a la fijada en el expediente del

acuerdo extrajudicial de pagos. En tercer lugar, se elevan a la categoría de créditos contra la masa los gastos del expediente extrajudicial y aquellos otros que se hubiesen generado durante la tramitación del expediente y que conforme al art. 84 LC tengan la consideración de créditos contra la masa. En cuarto lugar, el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará a partir de la solicitud realizada por el deudor al notario o Registrador Mercantil para el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. En quinto lugar, los créditos de los acreedores que hubiesen firmado el acuerdo extrajudicial serán reconocidos de forma automática. En sexto lugar, se prevé un mecanismo de exoneración de deudas para el empresario persona física, de forma que si el concurso se calificase como fortuito y el deudor hubiese satisfecho los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, el juez remitirá el resto de deudas pendientes, a excepción de las de derecho público.

2.3 Aplicación al caso

Tras analizar las dos grandes alternativas al concurso, se debe determinar cuál de ellas sería más apropiada para el caso en cuestión.

Bajo mi punto de vista, el hecho de posicionarse ante una u otra figura preconcursal depende de la envergadura de la entidad y de las circunstancias que la rodean, de forma que si nos encontramos ante un deudor de grandes dimensiones, con un número muy elevado de acreedores que suponen un nivel de deuda considerable, la opción más adecuada serían los acuerdos de refinanciación, mientras que el acuerdo extrajudicial de pagos está más orientado a aquellos deudores con un nivel de deuda menor y unas características económicas y societarias menos complejas¹.

En este caso, aun tratándose de una Sociedad Anónima, el hecho de ser ostentada por dos socios, y dada la descripción de la misma que se extrae de la redacción del supuesto, permite encuadrarla dentro del grupo de deudores idóneos para un acuerdo extrajudicial de pagos.

Esta figura se presenta como una situación continuativa de la actividad, y puesto que ambos socios apuestan por la empresa aportando préstamos personales, y prevén la comercialización de un nuevo producto e incrementar su fuerza publicitaria, parece lógico pensar que la continuidad y viabilidad de la sociedad es su objetivo. Ahora bien, ya se ha puesto de manifiesto que su adopción supone una serie de restricciones al normal funcionamiento operativo de la sociedad, que tendrá que adaptarse a las exigencias que el acuerdo extrajudicial de pagos le impone.

El acuerdo extrajudicial de pagos le permitirá hacer frente a sus obligaciones crediticias de una forma menos gravosa, a la vez que le otorga un cierto margen para responder a la situación de insolvencia que, de forma inminente, le sobreviene.

¹ El art. 231.2 b) LC establece como requisito para poder optar por el acuerdo extrajudicial de pagos que, en caso de un hipotético concurso, éste no habría de revestir especial complejidad en los términos previstos del art. 190.

3. Desequilibrio patrimonial y declaración de concurso

3.1 Consideraciones sobre el Patrimonio Neto

El Plan General Contable define el patrimonio neto como *“la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos los pasivos. Incluye las portaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten”*.

Así, el patrimonio neto está integrado por diferentes elementos como los fondos propios, que recogen las aportaciones hechas por los socios y los beneficios obtenidos que permanecen en sede de la sociedad, entre otras partidas; los ajustes por cambio de valor, en donde se recogen las variaciones de valor de determinadas partidas, y que están pendientes de imputar a la cuenta de resultados; las subvenciones, donaciones y legados recibidos.

PATRIMONIO NETO (PGC)

+ A-1) FONDOS PROPIOS.

- I. Capital.
 - 1. Capital escriturado.
 - 2. (Capital no exigido).
- II. Prima de emisión.
- III. Reservas.
 - 1. Legal y estatutarias.
 - 2. Otras reservas.
- IV. (Acciones y participaciones en patrimonio propias).
- V. Resultados de ejercicios anteriores.
 - 1. Remanente.
 - 2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores).
- VI. Otras aportaciones de socios.
- VII. Resultado del ejercicio.
- VIII. (Dividendo a cuenta).
- IX. Otros instrumentos de patrimonio neto.

+ A-2) AJUSTES POR CAMBIOS DE VALOR.

- I. Activos financieros disponibles para la venta.
- II. Operaciones de cobertura.
- III. Otros.

+ A-3) SUBVENCIONES, DONACIONES Y LEGADOS RECIBIDOS.

El capital social se concibe como una cifra de cobertura y de garantía de solvencia de la empresa, y parte fundamental del patrimonio neto, pues marca el punto de partida. Posteriormente el patrimonio neto se verá incrementado o reducido a causa del funcionamiento natural de la empresa, que se refleja fundamentalmente a través de los resultados, ya sean positivos, lo cual aumentará el patrimonio neto, o negativos, lo que provocará que éste disminuya.

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, consciente de la importancia del patrimonio neto, y de su vinculación con el capital social, establece una serie de obligaciones objetivas en el caso de que se deteriore el patrimonio neto en relación con ese capital. Debemos tener en cuenta que, a estos efectos, se entiende el Patrimonio Neto como Fondos Propios, obviando el resto de componentes.

A continuación se citan estas penalizaciones normalizadas en el TRLSC:

- Patrimonio Neto < Capital Social: No pueden repartirse dividendos si el valor del patrimonio neto es, o a consecuencia del reparto resulta ser, inferior al capital social, destinándose el beneficio a la compensación de pérdidas, tanto en la Sociedad Anónima como en la Sociedad Limitada (art. 273. 2, 1º TRLSC).
- Patrimonio Neto < 2/3 Capital Social: La Sociedad Anónima tiene la obligación de reducir el capital social cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes del capital social, y hubiese transcurrido un ejercicio social sin que se haya restablecido la situación (art. 327 TRLSC).
- Patrimonio Neto < 1/2 Capital Social: Tanto las Sociedades Anónimas como las Sociedades Limitadas deberán disolverse, entre otras causas, por pérdidas que hayan dejado 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 cuantía suficiente, y siempre que no proceda solicitar la declaración de concurso (art. 363.1 e) TRLSC).

Como se puede observar, el TRLSC no obliga a instar el concurso de acreedores cuando el patrimonio neto es inferior a la mitad del capital social, sino que exige la disolución de la sociedad. La puntualización final que realiza diciendo “*siempre que no proceda solicitar la declaración de concurso*” pone de manifiesto que si la sociedad se encuentra, además de ante este desequilibrio patrimonial, dentro del presupuesto objetivo de concurso de acreedores que define la Ley Concursal, se debe proceder al concurso, y no a la disolución societaria común².

3.2 Presupuesto objetivo del concurso de acreedores

Es el art. 2 de la LC el que se encarga de configurar el presupuesto objetivo del concurso, un presupuesto único que se identifica con el estado de insolvencia del deudor, entendiendo éste como la imposibilidad de cumplir regularmente con sus

² Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 590/2013 de 15 de octubre: “[...] tras la declaración de concurso, cesa el deber legal de los administradores de instar la disolución, que se acordará finalmente, como un efecto legal de la apertura de la fase de liquidación, cuando se opte por esta solución concursal”

obligaciones exigibles. La norma admite tanto la insolvencia actual como la insolvencia inminente.

Este concepto de insolvencia ha sido ampliamente interpretado y completado por la jurisprudencia, que lo concibe como una “*impotencia de pago*” que normalmente acaece por falta de crédito y, sobre todo, por una situación de neto patrimonial negativo.

Se pueden distinguir tres elementos dentro del propio concepto de insolvencia, como son:

La imposibilidad: Que puede suceder por carecer de bienes suficientes o, que aun teniendo bienes bastante, se carezca de liquidez.

La irregularidad en el cumplimiento: Se trata de un elemento difícil de valorar, aunque la jurisprudencia ha consensuado que existirá cumplimiento irregular cuando es realizado a costa de un endeudamiento excesivo y desproporcionado o a través de mecanismos de financiación atípicos, como venta de activos, cierre de líneas de negocio, etc.

La exigibilidad de la obligación: Se exige que las obligaciones de imposible cumplimiento sean exigibles, entendiéndose que esto sucede cuando el acreedor puede reclamar su cumplimiento judicialmente.

El elemento que merece un análisis más pormenorizado, por tener mayor vinculación con el desequilibrio patrimonial que se plantea en este epígrafe, es la imposibilidad. Como se ha expuesto, supone que el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones exigibles, independientemente de cuál sea la causa de esto, o del mayor o menor patrimonio que presente el deudor. Al acudir al art. 2 LC, vemos que al definir el presupuesto objetivo omite cualquier mención a la situación patrimonial del deudor, por lo que partimos de que la situación de desequilibrio en la que pueda hallarse éste no es causa por sí misma de declaración de concurso de acreedores. Tampoco procede identificar el desequilibrio con la propia insolvencia, pues aunque puede ser un detonante de la misma, la insolvencia es un concepto distinto.

Por ejemplo, puede darse el caso de que el activo del deudor sea inferior que el pasivo, y pese a ello pueda seguir cumpliendo de forma regular con sus obligaciones, como sucedería en los casos en que exista infravaloración de activos. Por otro lado, existirán casos en los que el activo sea superior al pasivo y pese a ello no pueda cumplir con sus obligaciones, como podría suceder si presenta un activo liquidable a muy largo plazo.

Adicionalmente, el art. 5 LC permite reiterarse en este posicionamiento, pues al exponer el deber de la solicitud del concurso habla de nuevo de estado de insolvencia, obviando cualquier mención a pérdidas calificadas o desequilibrios patrimoniales.

3.3 Aplicación al caso

En el supuesto la sociedad Augusta Nerea, S.A. se encuentra ante un desequilibrio patrimonial, con un patrimonio neto inferior a la mitad del capital social. Ante esta situación, que constituye causa de disolución conforme al art. 363 TRLSC, los administradores tienen la obligación de convocar, en el plazo de dos meses, reunión de la junta general, así como de solicitar la disolución judicial.

Por otro lado, entiendo que la sociedad también se encuentra en situación de insolvencia, pues en los dos últimos meses no ha podido abonar las cuotas de la Seguridad Social, y en el último mes también ha sido incapaz de hacer frente a los salarios de los trabajadores. Es cierto que si acudimos al art. 2.4 LC, y nos detenemos en su apartado 4º, habla de tres meses de falta de pago, tanto con respecto a la Seguridad Social como a los salarios de los trabajadores, pero se interpreta que esa exigencia o criterio temporal opera únicamente en aquellos casos en los que es el acreedor el que insta la declaración de concurso, no siendo necesario apreciar estos plazos cuando es el propio deudor el que la solicita.

Así, en los últimos meses los socios se han visto obligados a realizar préstamos de su propio patrimonio a la sociedad para poder hacer frente a gastos corrientes ante la falta de liquidez y la imposibilidad de ampliar su línea de crédito, y pese a ello han tenido que incumplir con estos gastos dos meses, en el caso de la Seguridad Social, y uno en el caso de los salarios de los trabajadores. Esta situación implica una obligación para los administradores, establecida en el art. 5.1 LC en consonancia con el art. 3.1 LC, de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses, pues entiendo que la sociedad prevé, dadas las circunstancias que ha venido experimentando, que no podrá hacer frente a sus obligaciones de forma regular.

Como ya hemos dicho, el concurso de acreedores prevalece frente al desnivel patrimonial, por lo que concurriendo ambas situaciones de modo acumulativo, en el plazo de dos meses los administradores y socios de Augusta Nerea, S.A., Plácido y Nélica, deberán instar la declaración de concurso, pero no apoyada en un desequilibrio patrimonial, sino en la situación de insolvencia contemplada en el art. 2 LC.

4. Masa pasiva y clasificación de créditos

4.1 Créditos contra la masa

Una vez se declara el concurso de acreedores es necesario determinar la masa activa, es decir, el conjunto de bienes y derechos del deudor, y la masa pasiva, que son los créditos contra el deudor. En una aproximación hacia este concepto, fuera de la definición más limitada que ofrece la ley, Broseta Pont y Martínez Sanz abordan el concepto de masa pasiva de la siguiente manera: *“declarado el concurso, las acciones individuales de los acreedores quedan paralizadas y éstos quedan agrupados en un consorcio de interesados en la ejecución del patrimonio del quebrado”*.

El art. 84 LC, relativo a la masa pasiva, excluye de este grupo a aquellos créditos que tengan la consideración de “crédito contra la masa”. Este tipo de créditos son, por norma general, los generados con la solicitud y durante el procedimiento, y es el propio art. 84.2 LC el que se encarga de establecer una lista pormenorizada de todos los créditos o deudas que gozan de esta consideración.

Con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 4/2014 se amplía el contenido del art. 84 LC, pues surge una novedad con respecto a los nuevos ingresos de tesorería. Para analizarlo, es necesario establecer dos tramos temporales:

- Hasta marzo de 2016: Aquellos créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y que hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación tendrán la consideración, en caso de concurso, de créditos contra la masa en toda su cuantía, excluidos los intereses, independientemente de que provengan del propio deudor o de personas especialmente relacionadas con el mismo.
- A partir de marzo de 2016: Deja de aplicarse este régimen temporal y se vuelve al criterio tradicional del art. 84.2 11ª, considerando como crédito contra la masa el 50% del importe de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, mientras que el otro 50% se considerará crédito con privilegio general.

Los créditos contra la masa no se someten al régimen de los créditos concursales, lo que implica, por ejemplo, que sus titulares no tienen que comunicarlos, sino que la administración concursal debe incluirlos directamente. Se satisfacen con cargo a la masa activa con prioridad a los créditos concursales, que se expondrán a continuación.

La justificación de esta protección es la necesidad de otorgar cierta seguridad a las obligaciones que nacen tras la declaración de concurso, pues de no ser así sería muy difícil encontrar a un tercero dispuesto a ofrecer financiación al concursado.

Con respecto al orden de pago de este tipo de créditos, el art. 84.3 LC establece que los salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, siempre que no superen el doble del Salario Mínimo Interprofesional, deben ser satisfechos inmediatamente, mientras que los restantes se pagarán a sus respectivos vencimientos. Finalmente se permite a los administradores concursales alterar el orden cuando lo consideren oportuno, mas esto no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social.

4.2 Clasificación de la masa pasiva

Una vez deducidos los créditos contra la masa, el resto de deudas que tenga el deudor conformarán la masa pasiva del concurso.

Al contrario de lo que sucedía en los créditos contra la masa, aquí los acreedores deben comunicar su crédito para que éste sea reconocido. El plazo que se establece es de un mes desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración del concurso. Con la Ley 38/2011 se introduce una novedad relativa al plazo de comunicación de créditos, permitiendo que éstos sean reconocidos aun habiendo sido comunicados fuera de plazo. La norma general es que se clasifiquen como créditos subordinados, aunque excepcionalmente podrán clasificarse según su naturaleza si el acreedor justifica la falta de conocimiento del inicio del concurso.

Finalmente, los créditos comunicados por los acreedores y reconocidos por la administración concursal pasarán a constituir la lista de acreedores que, de acuerdo con el art. 89.1 LC, se dividirá en créditos privilegiados, créditos ordinarios y créditos subordinados.

Pese a esta clasificación, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal manifiesta la voluntad del legislador de fomentar el principio *par conditio creditorum*: “*Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas*”.

4.2.1 Créditos privilegiados

Esta categoría se fragmenta, a su vez, en otras dos tipologías de créditos, que son los créditos con privilegio especial y los créditos con privilegio general.

Los créditos que gozan de privilegio especial son aquellos que afectan a determinados bienes o derechos, de forma que se pueden apartar de la ejecución colectiva y ejecutarse separadamente contra los bienes o derechos afectados por esa

garantía especial. Es el art. 90 LC el que ofrece una enumeración de cuáles son estos créditos.

Por otra parte, los créditos con privilegio general afectan a la totalidad del patrimonio, por lo que se ejecutan con el resto de los créditos, si bien gozan de preferencia respecto de los ordinarios y los subordinados. Si acudimos al art. 91 LC se detalla qué créditos se engloban dentro de esta categoría, ubicados en el orden de preferencia que poseen.

4.2.2 Créditos ordinarios

La definición de este tipo de créditos se hace por exclusión, es decir, todos aquellos que no sean privilegiados ni ordinarios (art. 89.3 LC). Su pago se realizará una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos privilegiados.

4.2.3 Créditos subordinados

Esta última categoría recoge los créditos con peor condición, y cuyas expectativas de cobro son realmente escasas. Es el art. 92 LC el que versa sobre los créditos subordinados, y es de especial relevancia, sobre todo para el caso que nos ocupa, su apartado 5º, en el que recoge los créditos titularidad de personas especialmente relacionadas con el deudor. Así, si acudimos al art. 93, los socios con una participación superior al 10% en aquellas sociedades que no tienen valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial son considerados personas especialmente relacionadas respecto de la sociedad.

En este punto hay que tener en cuenta la excepción comentada anteriormente respecto de aquellos créditos que, aun siendo titularidad de personas especialmente relacionadas, supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido otorgados en el marco de un acuerdo de refinanciación.

Cuando se trate de personas jurídicas, como es el caso, se considerarán personas especialmente relacionadas, entre otros, los socios. Hay que apuntar que aquellos que hubiesen capitalizado todo o parte de sus créditos en virtud de un acuerdo de refinanciación no tendrán la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor.

4.3 Préstamos societarios e infracapitalización

En el supuesto se pone de manifiesto que, ante la falta de liquidez para hacer frente a gastos corrientes como el salario de los trabajadores o las cuotas de la Seguridad Social, los dos socios realizan préstamos a la sociedad. El hecho de que los socios aporten liquidez en forma de préstamos como un tercero más, en vez de realizar aportaciones al capital, debe ser analizado minuciosamente por si encubre un supuesto de infracapitalización y una evasión del riesgo por parte de los socios.

Como se ha puesto de manifiesto en epígrafes anteriores, la cifra de capital cumple una función de garantía frente a terceros, por lo que el fenómeno de la infracapitalización afecta directamente a los intereses de los terceros acreedores de la sociedad.

La doctrina ha venido desarrollando este concepto, y entendiendo que el mismo tiene lugar cuando la cifra de capital fijada estatutariamente es manifiestamente menor que la necesaria para cubrir las necesidades o riesgos financieros que conlleva el ejercicio del objeto social.

Existen dos tipos de infracapitalización con tratamiento normativo diferente. Por un lado está la infracapitalización material, que consiste en que los socios apenas suministran fondos, recurriendo casi de forma exclusiva a financiación externa. Por otro lado está la infracapitalización nominal, en la cual los socios aportan medios, pero en vez de hacerlo por la vía de la aportación optan por la concesión de crédito, como un recurso ajeno. En esta última tipología es en la que se encuadran los préstamos sustitutivos de capital, y la que es objeto de análisis en este punto.

A través de la infracapitalización se traspasa el riesgo de los socios a los acreedores, a la vez que se escapa de las rígidas normas que afectan al capital. Ahora bien, pese a que la normativa concursal ha optado por someter al mismo régimen cualquier operación crediticia entre socio y sociedad, lo cierto es que no toda aportación ha de considerarse préstamo sustitutivo de capital. En principio, para ser considerado sustitutivo de capital, el préstamo debe tener un claro carácter societario, que se suele presumir cuando el prestamista tiene una participación significativa en la sociedad, y debe tener una función de capitalización, cuestión difícil de interpretar, pero que suele justificarse en función de si un ordenado comerciante lo habría integrado en el capital social. Pese a todo, se trata de presunciones *iuris tantum*, por lo que si se demuestra que el préstamo surge, por ejemplo, ante la imposibilidad de obtenerlo de un tercero o no en unas condiciones tan ventajosas, podría desbancarse la presunción y no tener la consideración de préstamos sustitutivo de capital.

Como se ha dicho anteriormente, la normativa concursal no discrimina si se trata de un préstamo sustitutivo de capital o un préstamo societario común a la hora de clasificarlos dentro de la masa pasiva. Así, ambos tienen la consideración de créditos subordinados, ocupando dentro de este grupo el 5º puesto. Únicamente se salvarán de esta consideración cuando se realicen, como ya se ha dicho, en el marco de un acuerdo de refinanciación. Pese a las ventajas de la función preventiva de este tratamiento homogéneo, el hecho de no tener en cuenta las circunstancias en las que se producen esos préstamos es un problema, pues como se ha manifestado, no toda operación crediticia entre socio y sociedad supone una financiación sustitutiva de capital, con independencia del mayor o menor porcentaje participativo que el socio pueda ostentar.

4.4 Aplicación al caso

A la hora de conformar la masa pasiva del supuesto que nos ocupa, son 4 los acreedores fundamentales de la sociedad: una compañía mayorista, una entidad de crédito, la socia y administradora Nélica González y el socio y administrador Plácido Augur.

En primer lugar, y antes de llegar a la masa pasiva, debemos priorizar aquellos créditos contra la masa. En este caso, tendrán esta consideración los salarios de los trabajadores que se han dejado de pagar en el último mes, de acuerdo con el art. 84.2.1º LC, siempre que no excedan del doble del SMI.

Respecto del resto de créditos, su clasificación sería la siguiente:

- Compañía mayorista: A no ser que su crédito goce de garantía real, cuestión que no se aborda en el supuesto, y no fuese ésta la que instase el concurso, su crédito tendría la consideración de crédito ordinario.
- Entidad de crédito: Crédito ordinario.
- Deudas con la Seguridad Social: Con carácter general, se considerarán créditos con privilegio general (art. 91.2º LC).
- Socios: Ya se ha abordado reiteradamente que los préstamos concedidos por personas especialmente relacionadas, como suceden en este caso, tienen la consideración de créditos subordinados. Sin embargo, podría considerarse que estos se producen en virtud de un acuerdo de refinanciación, en cuyo caso el 100% del importe del crédito sería crédito contra la masa, de producirse el concurso antes de marzo de 2016, o el 50% crédito contra la masa y el otro 50% crédito con privilegio general, si el concurso es posterior a esa fecha. Sin embargo, bajo mi punto de vista, no se debe entender que estos préstamos puedan gozar de estas ventajas, pues las condiciones en las que se realizan no se corresponden con las exigencias del art. 71 bis LC, por lo que el importe de los mismos debe postergarse, necesariamente, a préstamo subordinado.

5. Acciones de reintegración

5.1 Ámbito objetivo

Una vez declarado el concurso, es de vital importancia contar con la mayor masa activa posible para así poder hacer frente al mayor número de obligaciones que tenga pendientes el deudor. Bajo esta intención surgen las acciones de reintegración, que pretenden rescindir todos aquellos actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en algunos casos se presume por la propia ley y que en el resto deberá ser probado.

Las acciones de reintegración se encuentran reguladas en los arts. 71 y siguientes de la Ley Concursal, en los que se aborda desde su concepto hasta la legitimación para su ejecución o los efectos que desprenden.

El art. 71.1 LC hace una delimitación temporal en cuanto a los actos rescindibles, apuntando que serán susceptibles de rescisión los actos perjudiciales para la masa activa que hubiesen sido realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Otro aspecto a tener en cuenta es que la ley no exige intención fraudulenta, por lo que el ánimo con el que se realice el contrato perjudicial es indiferente.

El segundo apartado hace una presunción *iuris et de iuris* en cuanto a lo que se entiende por actos que provocan perjuicio patrimonial, haciendo referencia a los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, así como el pago anticipado de un crédito que con vencimiento posterior a la declaración de concurso³.

El tercer apartado también enumera una serie de casos en los que se presume el perjuicio, si bien en este caso la presunción es *iuris tantum*:

- Los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas.
- Los de constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes.
- Los pagos para la extinción de deudas que gozasen de garantía real y cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso.

En los restantes casos el perjuicio deberá ser probado por quién ejecute la acción rescisoria.

De la misma forma, el apartado quinto se encarga de hacer una discriminación negativa, señalando aquellos actos que, en ningún caso, podrán ser objeto de rescisión, de entre los cuales el que mayor interés presenta para este supuesto es el que hace

³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 487/2013 de 10 de julio. Fundamento jurídico 3.

referencia a los actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional realizados en condiciones normales.

No debemos olvidar que estos actos, en sí, no son ineficaces, pues reúnen los elementos esenciales que establece el art. 1261 CC, no son contrarios a ninguna norma imperativa o prohibitiva, como exige el art. 6.3 CC, ni son anulables de acuerdo con el art. 1300 y ss. CC, sino que su rescisión surge por el posterior perjuicio que ocasionan para el resto de acreedores que conforman la masa pasiva.

5.2 Especialidades en torno a los acuerdos de refinanciación

Como ya se había puesto de manifiesto en el primero de los capítulos del trabajo, el legislador ha querido fomentar el uso exitoso de las diferentes alternativas que la Ley Concursal ofrece al concurso de acreedores. Una de las medidas tendentes a lograr este fin se materializa en la introducción del art. 71 bis LC, que establece la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, siempre que cumplan los requisitos que en la ley se establecen, y que ya han sido abordados con anterioridad al tratar el tema de los acuerdos de refinanciación.

5.3 Principio de paridad de trato

Como se ha apuntado, estas acciones tratan de preservar el patrimonio para así garantizar la satisfacción de los créditos, y hacerlo salvaguardando el principio de *par conditio creditorum* o paridad de trato, huyendo de lo que Sancho Gargallo llama “*discriminación arbitraria de los acreedores*”.

Han existido diversas interpretaciones de lo que se entiende por perjuicio patrimonial para la masa activa, si bien se ha asentado un concepto amplio que León Sanz, en su comentario a la Ley Concursal, expone de la siguiente manera:

“el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores, no al interés individual de un acreedor singular, a diferencia de lo que sucede en las acciones de impugnación de aplicación general. Se entiende así que existe perjuicio cuando el acto impugnado disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales”

La jurisprudencia mercantil también se ha decantado por una interpretación abierta, como pone de manifiesto la SAP de Pontevedra, de 21 de marzo de 2011:

“comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio”.

Ahora bien, no se debe caer en la tendencia de declarar ineficaz todo acto de disposición que realice el deudor en los dos años previos a la declaración de concurso y

que modifique la composición de la masa activa, pues el principio de paridad de trato opera en un ámbito más restringido. Es por ello que cada caso deberá ser analizado de forma individualizada.

Presentan especial relevancia, a la luz del caso a examinar, aquellos pagos debidos, es decir, cuyo vencimiento ya ha tenido lugar y son, por tanto, exigibles. En estos casos la regla general es que, aunque el pago haya tenido lugar en la franja temporal de los dos años, no supone un perjuicio para la masa activa, en el sentido en el que lo entiende la Ley Concursal, y por tanto estaría excluido de la rescisión. Hablamos de casos en los que no se trata de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en esos casos el art. 71.5 ya se encarga de manifestar su irrevocabilidad, sin que quepa interpretación alguna.

Ahora bien, pueden existir ocasiones en las que este tipo de pagos vencidos y exigibles, a causa de las circunstancias que los rodean, carezcan de justificación por vulnerar el principio de paridad de trato. Esas circunstancias podrían ser la situación de insolvencia en el momento de efectuarse el pago, la proximidad del pago con la declaración de concurso, etc.

5.4 Legitimación para el ejercicio de acciones rescisorias

De acuerdo con el art. 72.1 LC, la legitimación activa para ejercer las acciones rescisorias corresponde a la administración concursal. Pese a esta norma general, la ley contempla la posibilidad de que aquellos acreedores que hubiesen solicitado a la administración concursal el ejercicio de la acción, señalando el acto concreto y el fundamento de rescisión, gozarán de legitimación, siempre que la administración concursal no lo hubiese hecho en los dos meses siguientes desde el requerimiento.

Sin embargo, la posibilidad de legitimación que se otorga a los acreedores en las circunstancias anteriormente mencionadas desaparece cuando se trata de la rescisión de un acuerdo de refinanciación, en cuyo caso la legitimación corresponde en exclusiva a la administración concursal.

En cuanto a la legitimación pasiva, la acción se dirigirá contra el deudor, así como contra todos los que hubiesen intervenido en el acto objeto de rescisión. En el caso de que el bien hubiese sido transmitido a un tercero no será necesario que la acción se dirija contra él, siempre que medie la buena fe.

5.5 Efectos de la rescisión

El efecto general de la rescisión es traer de nuevo a la masa activa los bienes objeto del acto rescindido, junto con sus frutos e intereses, para así satisfacer conjuntamente a los acreedores.

En el caso de que no fuese posible reintegrar esos bienes concretos, por pertenecer por ejemplo a un tercero de buena fe, el acreedor que hubiera sido parte en el acto rescindido debe entregar bienes por igual valor.

La ley ha querido diferenciar entre aquellos acreedores cuyos actos se rescinden que obraron de buena fe y los que, por el contrario, actuaron con mala fe.

Si el acreedor hubiese actuado de buena fe deberá devolver exclusivamente los bienes a que se refiera el acto, con sus frutos e intereses, y su crédito tendrá la consideración de crédito contra la masa.

En el caso de que hubiese existido mala fe por parte del acreedor éste deberá abonar, además de los bienes con sus frutos e intereses, una indemnización por los daños y perjuicios causados a la masa activa. Además, su crédito será calificado como subordinado. En cuanto a lo que se entiende por mala fe, será objeto de interpretación por parte del tribunal, si bien se entiende que cuando el acreedor conocía la situación económicamente inestable del deudor y que con esa acción estaba ocasionando un perjuicio para la masa activa, la mala fe es innegable.

5.6 Aplicación al caso

En el supuesto se pretende analizar la posibilidad de rescindir el pago de 500.000€ realizado a la sociedad Almanzor, S.L. siete meses antes de la declaración del concurso voluntario, para así reintegrarlo en la masa activa.

La norma general, como hemos visto, es que los actos realizados en los dos años previos a la declaración de concurso y que supongan un perjuicio para la masa activa son rescindibles. Ahora bien, no se trata de ninguno de los supuestos contemplados en el art. 71.2 LC ni de los contemplados en el art. 71.3, pues la deuda ya está vencida y es exigible, por lo que el perjuicio no se presume legalmente. Así, éste debe ser probado por la administración concursal, en caso de que sea ésta la que ejerza la acción rescisoria.

En principio, entiendo que no se puede acoger a ninguna de las exenciones que establece el art. 71.5 LC. La que puede ocasionar mayores dudas es la que habla de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, aunque dado el objeto social de Augusta Nerea, S.A., la envergadura del crédito que se nos plantea y el hecho de que el supuesto hable de “obras realizadas”, no considero que pueda tratarse de un acto corriente y cotidiano del tráfico comercial del deudor.

Partiendo de que no nos encontramos ante un “acto ordinario”, y que la administración concursal debe probar la existencia del perjuicio, considero que éste sí se produce, pues estamos hablando de una cantidad significativa y que probablemente, dado el objeto social de Augusta Nerea, S.A., suponga un gran porcentaje de su masa activa total. Consecuentemente, y aunque la deuda ya hubiese estado vencida, el pago de la misma rompe completamente con el principio de paridad de trato entre acreedores,

por lo que se justifica el perjuicio y la necesidad de rescindir el acto y reintegrar la cantidad satisfecha, junto con los intereses.

Además, el supuesto expone cómo la acreedora había intentado solicitar la declaración de concurso necesario de Augusta Nerea, y tras esto la sociedad deudora satisface el crédito, pues a causa de no haber pagado una tasa judicial la solicitud del concurso todavía no había tenido lugar, y al recibir el pago no acude para subsanar tal defecto. Todas estas circunstancias dejan entrever que la acreedora Almanzor, S.L. actuó con mala fe, pues conocía la precaria situación económica de Augusta Nerea, y el más tarde o más temprano concurso de acreedores al que se dirigía inevitablemente. Estas circunstancias hacen que, además de los 500.000€ junto con sus intereses, deba serle exigida una indemnización por los daños y perjuicios causados a la masa activa, y que su crédito pase a tener la consideración de crédito subordinado.

6. Acuerdos sociales y responsabilidad de los administradores

6.1 La administración de la sociedad

De acuerdo con el art. 210 de la Ley de Sociedades de Capital la administración de la sociedad puede ostentarla un único administrador o varios administradores, bien actuando de forma solidaria o bien de forma conjunta, o un consejo de administración. En el caso concreto de las sociedades anónimas, la administración ejercida por dos personas se realizará de forma mancomunada, la cual implica que la adopción de decisiones exige la aprobación de los dos administradores.

6.1.1 Remuneración de los administradores

La retribución de los administradores ha sido un tema ampliamente tratado tanto por la jurisprudencia como por la Dirección General de los Registros y del Notariado, mas actualmente el art. 217 LSC es bastante clarificador en torno a esta cuestión.

Se debe partir de la idea de presunción de gratuidad del cargo, la cual se rompe única y exclusivamente en aquellos casos en donde los estatutos sociales prevean, de forma expresa, que el cargo es retribuido.

Sin embargo, el hecho de que los estatutos sociales reconozcan esa retribución no es suficiente, sino que deben prever el propio sistema de remuneración, pudiendo éste consistir en:

- Asignación fija
- Dietas de asistencia
- Participación en beneficios
- Retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia
- Remuneración en acciones o vinculada a su evolución
- Indemnizaciones por cese, siempre que el cese no esté motivado por el incumplimiento de sus obligaciones como administrador
- Sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos

Por tanto, la elección del sistema no queda al arbitrio anual de la junta general, sino que la función de ésta será concretar aquellos aspectos “secundarios” dentro del sistema

que en los estatutos se establezca. Por ejemplo, si los estatutos contemplasen el sistema de asignación fija, la Junta General está sometida a éste, correspondiéndole simplemente la fijación de la cuantía concreta para ese año.

Es importante la puntualización que realiza el apartado 4 del art. 217, al exigir que la remuneración guarde proporcionalidad con la importancia de la sociedad, la situación económica del momento y la tendencia de empresas equiparables. Es especialmente destacable la necesidad de que *“el sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad [...]”*.

Si bien es cierto que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que deberá ser objeto de interpretación para cada caso concreto, es una forma de limitar las retribuciones claramente desproporcionadas y tóxicas para el buen funcionamiento de la sociedad, que sobreponen los intereses del administrador en detrimento de los de la sociedad.

Con respecto al hecho de si los estatutos pueden contemplar remuneración para unos administradores y para otros no la Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado que sí en su resolución de 27 de abril de 2013, aunque añade:

“Ahora bien, es preciso matizar estas afirmaciones. En los supuestos de administración solidaria o mancomunada en los que la igualdad entre los miembros del órgano deriva de la propia aplicación de las previsiones legales carece de justificación alguna prever un trato desigual en el hecho de la existencia de remuneración. Como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Supremo no cabe concebir al «mero administrador» como una figura puramente decorativa o simbólica, carente de actividad significativa alguna y por ello no merecedor de retribución...».

6.1.2 Deber de diligencia de los administradores

El art. 225 LSC exige que los administradores actúen con la diligencia de un “ordenado empresario” en el desempeño de su cargo y el cumplimiento de sus deberes. De nuevo nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que debe ser interpretado a la vista de las circunstancias concretas, si bien la jurisprudencia y la doctrina han ido limitando y concretando el concepto⁴.

El apartado segundo habla de la dedicación y la adopción de medidas necesarias para la buena dirección y control de la sociedad que se les exigen a los administradores.

Así mismo, es también relevante la exigencia de lealtad que contiene el art. 227 LSC, que implica que los administradores deben obrar de buena fe y buscando el mejor interés para la sociedad, anteponiendo éste al suyo propio. Al tenor de esta exigencia el art. 232 LSC contempla la posibilidad de ejercitar acciones de impugnación, cesación,

⁴ SAP de Navarra de 15 de febrero de 1995: *“la conducta socialmente esperable en el tráfico, integrando en gran medida los usos del comercio y las buenas prácticas de la gestión empresarial”*.

remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores incumpliendo su deber de lealtad.

6.1.3 Responsabilidad social de los administradores

La normativa relativa a la responsabilidad de los administradores se abre paso con el art. 236 LSC, y surge cuando, con dolo o culpa, los administradores causen un daño a la sociedad por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos, o incumpliendo los deberes propios en el desempeño de su cargo de los que se ha hablado en el epígrafe anterior.

En principio la responsabilidad de los administradores es solidaria respecto de los acuerdos adoptados o los actos realizados, mas cuando se pruebe haber desconocido su existencia, o conociéndola se hubiese hecho todo lo conveniente para evitar el daño o se hubiese opuesto expresamente, la responsabilidad no recaerá sobre éstos.

En cuanto a la legitimidad para ejecutar la acción social de responsabilidad, ésta corresponde a la sociedad, previo acuerdo de la junta general adoptado por mayoría ordinaria, así como al socio o los socios que posean, individual o conjuntamente, una participación que les permita convocar la junta general (5%), siempre que se de alguno de los siguientes requisitos:

- Que los administradores no convoquen la junta.
- Que una vez se hubiese convocado la junta y se hubiese aprobado el ejercicio de la demanda, la sociedad no ejerciese la acción en el plazo de un mes.
- Que el acuerdo adoptado en la junta sea contrario a la exigencia de responsabilidad. desde la adopción del acuerdo.

Cuando la acción de responsabilidad se fundamente en el deber de lealtad, estos socios podrán ejercitar la acción directamente, sin que se cumpla requisito alguno de los mencionados.

Es importante tener en cuenta también la acción individual de responsabilidad que la Ley de Sociedades de Capital reconoce a aquellos socios o terceros que se hayan visto directamente dañados sus intereses por actos de los administradores (art. 241 LSC). En este caso no es necesaria ni la convocatoria de la junta, ni acuerdo social ni participación mínima de aquellos que la ejecuten.

Ahora bien, la responsabilidad surge cuando el administrador actúa como tal, y no cuando actúa como socio o como particular.

6.2 Responsabilidad penal

6.2.1 Delitos societarios

El Código Penal reserva un capítulo para los delitos societarios, que en los últimos años han cobrado notable importancia. Así, del art. 290-297 CP se recogen diferentes actuaciones delictivas de carácter societario.

Cobran especial importancia, a la luz del caso, los artículos 291 y 292, que se analizan a continuación:

- El art. 291 CP tipifica la imposición de acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno y en perjuicio de los demás socios, siempre que no reporten ningún beneficio a la sociedad, cuando los hubiesen llevado a cabo el órgano de administración o socios aprovechándose de una situación mayoritaria en junta.
- El art. 292 CP se refiere a los acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia, ya sea abusando de firma en blanco, atribuyendo voto a quienes no lo tienen, negando el derecho de voto a quienes lo posean o cualquier otra actuación semejante.

6.2.2 Falsedad en documento mercantil

El Código Penal regula, del art. 390 al art. 394, la falsificación de documentos públicos oficiales y mercantiles. La normativa entiende que se comete falsedad cuando:

- Se altera un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
- Se simula un documento en todo o en parte.
- Se supone en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o se atribuye a las que la han tenido manifestaciones o declaraciones diferentes a las que hubiesen hecho.
- Se falta a la verdad en la narración de los hechos.

La pena que se establece por este delito es de tres a seis años de prisión, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial de dos a seis años cuando el hecho delictivo sea realizado por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones. La pena se reduce en el caso de que el delito sea realizado por un particular, en cuyo caso la pena de prisión pasa a ser de seis meses a tres años y la multa de seis a doce meses. Es importante apuntar que la responsabilidad penal en este caso exige haber actuado con dolo.

6.3 Impugnación de acuerdos sociales

Es el art. 204 de la Ley de Sociedades de Capital el que realiza una delimitación objetiva de los acuerdos que son susceptibles de impugnación. La delimitación gira en torno a tres supuestos fundamentales:

- Acuerdos contrarios a la ley
- Acuerdos contrarios a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad
- Acuerdos contrarios al interés social

En primer lugar, cabe la impugnación de todo acuerdo social adoptado que sea contrario a la ley, ya sea a la Ley de Sociedades de Capital o a cualquier otra norma con tal rango.

En segundo lugar, también podrán ser objeto de impugnación los acuerdos sociales que se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad. La inclusión del reglamento de la junta es una novedad de la nueva LSC, y da respuesta a una extendida discusión jurídica y doctrinal. Sin embargo, hay quién echa en falta una normativa más amplia, que contemple también la posible impugnación de acuerdos contrarios a pactos parasociales.

En tercer lugar, aquellos acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros también serán susceptibles de impugnación. El legislador ha entendido que, aunque el acuerdo no derive en un daño patrimonial para la sociedad, lesiona de igual forma el interés social si se impone de forma abusiva por la mayoría, es decir, cuando se es adoptado por la mayoría en detrimento de los demás socios sin responder a una necesidad razonable de la sociedad.

Los plazos de caducidad para la acción de impugnación se han unificado, estableciendo el art. 205 LSC el plazo de un año desde su adopción si ésta se hubiese llevado a cabo en junta de socios o reunión del consejo de administración, o bien desde la fecha de recepción de la copia si se trata de un acuerdo adoptado por escrito a los que se refiere el art. 248.2 LSC. En el caso de que el acuerdo se hubiese inscrito, el plazo computa desde la fecha de oponibilidad de la inscripción.

Existe un supuesto especial, y es cuando se trata de acuerdos que son contrarios al orden público, ya sea por sus circunstancias, causa o contenido. En estos casos la acción de impugnación no caduca ni prescribe. Es especialmente importante y novedoso el hecho de que las circunstancias que rodean la adopción del acuerdo puedan derivar en que el acuerdo sea contrario al orden público.

La STS de 19 de abril de 2010 es una aportación muy relevante a este respecto, y de gran interés para el supuesto que nos ocupa. El tribunal declara que la celebración de reuniones de socios bajo la denominación de juntas universales sin que se cumpla el requisito de presencia de todo el capital (art. 178.1 LSC) implica que la reunión está viciada de nulidad y que, además, es contraria al orden público, independientemente del contenido de los acuerdos que en ella se adopten.

La junta universal es una tipología especial de junta, pues al contrario de lo que sucede en la general y la extraordinaria, la junta universal no necesita convocatoria previa, siempre que esté representado la totalidad del capital social, y todos acepten de forma unánime la celebración de la junta. En ella se pueden tratar todo tipo de asuntos, puede reunirse en cualquier lugar, y la adopción de los acuerdos sigue las mismas reglas que para las juntas ordinarias y extraordinarias.

Es muy común que la junta universal ficticia venga acompañada de la falsificación de las actas correspondientes, lo que constituiría un delito de falsedad, el cual se ha comentado anteriormente. En estos casos, incumbe a la sociedad demandada justificar la asistencia de todo el capital, soportando la carga de la prueba. Sin embargo, una vez que la sociedad aporta un acta con la firma de los asistentes, corresponde a cada uno de estos probar la falsificación de su firma, si fuese el caso.

6.4 Aplicación al caso

En nuestro supuesto don Plácido elabora el 6 de septiembre de 2008 un acta, contraída en una ficticia junta universal, en función de la cual se asigna una retribución anual de 200.000€ en concepto de administrador, cantidad que desde entonces ha cobrado anualmente, a pesar de que los estatutos no contemplan retribución alguna. Puesto que la junta universal requiere la concurrencia de todo el capital, don Plácido falsifica la firma de doña Nélica en el acta de la junta.

Existen varios aspectos de relevancia jurídica en esta actuación, que se analizarán de forma independiente.

En primer lugar, la celebración de la junta universal con la única presencia de don Plácido, que ostenta el 50% del capital. Como ya se ha mencionado, es requisito indispensable para la correcta constitución de este tipo de juntas que esté presente todo el capital. Al no cumplirse este requisito, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reunión está viciada de nulidad, y además es contraria al orden público. En este caso corresponderá a don Plácido probar la asistencia de todo el capital, lo que suponemos hará presentando el acta con la firma de doña Nélica falsificada. Posteriormente, caerá sobre doña Nélica la función de probar que esa firma ha sido falsificada. De las posibles responsabilidades penales por este hecho se tratará más adelante.

En cuanto al acuerdo adoptado en la supuesta junta, consistente en la asignación de una retribución fija a don Plácido por valor de 200.000€ anuales en concepto de retribución por su cargo de administrador de la sociedad, éste es susceptible de impugnación desde dos perspectivas. En primer lugar, como ya se ha expuesto, el cargo de administrador se presume gratuito, por lo que si los estatutos no prevén que sea retribuido ni el sistema a aplicar, como es el caso, no cabe la posibilidad de adoptar retribución más que a través de la modificación de los estatutos sociales. Por tanto, el acuerdo es contrario a la ley y a los estatutos, lo que permite su impugnación en el plazo de un año, de acuerdo con el art. 205 LSC. En segundo lugar, puesto que la junta “universal” está viciada de nulidad y es contraria al orden público, los acuerdos en ella adoptados también lo son, pues la ley declara expresamente que la contrariedad del acuerdo puede derivar de las circunstancias en las que el mismo se adopte. Así, el hecho de que el acuerdo sea contrario al orden público implica que la acción de impugnación no caduca, por lo que doña Nélica podría solicitar la impugnación del mismo, no por ser

contrario a la ley o a los estatutos, pues la acción ya habría caducado, sino por su contrariedad con el orden público, de forma que el acuerdo sería declarado nulo.

A continuación se analiza la responsabilidad de don Plácido, tanto social como penal.

En cuanto a su responsabilidad social, el art. 236.1 LSC manifiesta que los administradores responderán frente a la sociedad por aquellos actos contrarios a la ley y a los estatutos, como es el caso, y por aquellos realizados incumpliendo los deberes propios de su cargo, concurriendo dolo o culpa. En este caso don Plácido falta al deber de diligencia, consagrado en el art. 225 LSC, pues incumple la ley y los estatutos, así como al deber de lealtad, recogido en el art. 227 LSC, pues en su actuación no busca el mejor interés de la sociedad, si no el suyo propio, sacrificando la futura viabilidad de la empresa por su propio enriquecimiento individual. En estos casos de falta de lealtad el art. 227.2 LSC exige no solo indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el propio administrador, en este caso en concepto de retribución anual.

Por lo que respecta a la responsabilidad penal, son dos los delitos que se pueden achacar a don Plácido. Por un lado el tipificado en el art. 292 CP, recogido en el capítulo de los delitos societarios, y el cual impone una pena de prisión de tres meses a seis años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido para aquellos casos en los que impongan un acuerdo lesivo en beneficio propio y en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, y este hubiese sido adoptado por una mayoría ficticia u otras modalidades irregulares. En este caso se adopta bajo una falsa junta universal, simulando así una mayoría que en realidad nunca existió.

En cuando a la falsificación de la firma de la firma de doña Nérida en el acta de la junta, constituye delito de falsedad en documento mercantil, recogido en los arts. 390 y ss. CP. Una de esas modalidades de falsificación la constituye suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, como sucede en este supuesto. Al tratarse de un particular y no de una autoridad o funcionario público, la pena consiste en prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

7. Extinción del contrato laboral y competencia desleal

7.1 Extinción de la relación laboral

En el supuesto se habla de la marcha de los trabajadores por voluntad propia y sin preaviso, cuando “*la situación se vuelve insostenible*”. Es por ello que se procede a realizar un breve análisis de la extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador.

Es el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores el que contempla este supuesto. El artículo cuenta con dos apartados, dedicándose el primero a enumerar las causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, y el segundo a afirmar que, dentro de esas causas tasadas, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

Entre las causas que contempla el primer apartado, guarda especial relevancia para el caso que nos ocupa la segunda de ellas, relativa a la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. La sentencia 3632/2008 de 23 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, recogiendo los principios consagrados por la jurisprudencia en esta materia, afirma que es necesario el requisito de gravedad a la hora de valorar el incumplimiento de pago y, en palabras del propio tribunal “*concorre tal gravedad cuando el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente [...]*”. Entiende que es indiferente que se deba al arbitrio injustificado del empresario o a una imposibilidad debida a circunstancias económicas. En esta sentencia en concreto la falta de abono de dos meses de salario y su prorrateo de pagas extraordinarias no reviste tal gravedad y por tanto no puede constituir justa causa para la extinción del contrato laboral conforme al art. 50.1 b) ET.

Fuera de este supuesto, cuando hablamos de una dimisión del trabajador por decisión unilateral estaremos dentro del supuesto del apartado d) del art. 49.1, o del apartado j) si esa dimisión está fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.

El apartado d) se refiere a los casos en los que el trabajador dimite sin alegación de causa, debiendo mediar el preaviso que corresponda. La simple voluntad del trabajador provoca la extinción del contrato, salvaguardando así el principio de libertad de trabajo.

Esta dimisión puede ser, además de expresa, tácita o implícita, en cuyo caso no hay preaviso. Exigirá que el trabajador no acuda al centro de trabajo durante un período más o menos prolongado sin justificación, y que se pueda extraer de manera “*clara, cierta y terminante*” que el trabajador desea extinguir el contrato. Esta segunda circunstancia se entiende constatada cuando el trabajador comienza a prestar sus servicios para otra empresa.

Con respecto a la posibilidad del empresario de exigir al trabajador que ha dimitido indemnización por daños y perjuicios, los tribunales han optado por descartarla, procediendo únicamente la devolución o retención de los salarios correspondientes al período de preaviso omitido.

Por su parte, el apartado j) habla de la dimisión del trabajador, pero en este caso fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario, como por ejemplo las detalladas en el artículo 50, comentado previamente. En estos casos, para poder provocar la extinción, el trabajador debe ejercitar la correspondiente acción judicial resolutoria del contrato, permaneciendo el trabajador en su puesto de trabajo mientras ésta se tramita.

7.2 Competencia desleal

Asegurar la libre y justa competencia entre todos aquellos que intervienen en el mercado es de vital importancia para el buen funcionamiento del mismo, y en esta línea surge la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, con el fin de proteger la competencia en interés de todos aquellos que intervienen en el mercado, estableciendo determinadas prohibiciones relativas a actos de competencia desleal, junto con una serie de acciones susceptibles de ejercitar contra aquellos que las incumplan.

Para tratar de aproximarse a un concepto de deslealtad, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial entiende que son actos incompatibles con la lealtad en la competencia aquellos que puedan crear confusión por cualquier medio respecto de los productos o la actividad de otro competidor, aquellos que traten de desacreditar a un competidor y también los que puedan inducir al público a error.

El concepto de competencia desleal se ha ensanchado, y en la actualidad recoge, además, la divulgación o utilización por terceros de información confidencial, así como todo acto que perjudique la reputación de otra empresa.

En la LCD el Capítulo II, dedicado a los actos de competencia desleal, se abre paso con una cláusula general (art. 4 LCD). Una formulación genérica que engloba todo aquello que constituye un comportamiento desleal por ser contrario a las exigencias de la buena fe. Pese a que han existido diversas opiniones sobre su interpretación o finalidad, el Tribunal Supremo asienta la posición de que se trata de un instrumento que pretende ofrecer un mayor grado de protección a través de su aplicación autónoma a aquellas actuaciones que, aun estando dentro del ámbito de protección de la ley, no

encajan en ninguno de los actos concretos de deslealtad que se recogen del artículo 5 al 18 de la ley.

Pese a que son catorce los comportamientos o actuaciones que la ley especifica, son esencialmente tres los que, en el caso que nos ocupa, tienen una mayor trascendencia:

- Artículo 9 LCD: Actos de denigración.
- Artículo 13 LCD: Violación de secretos.
- Artículo 14 LCD: Inducción a la infracción contractual.

A continuación se exponen brevemente estos tres actos de competencia desleal, además de la cláusula general recogida en el art. 4, y seguidamente las acciones que la Ley de Competencia Desleal ofrece al afectado ante estas situaciones.

7.2.1 Artículo 4 LCD: Cláusula general

Como se ha comentado, es un precepto de interpretación autónoma y que pretende recoger todos aquellos actos contrarios a la buena fe y que ocasionan competencia desleal aun sin poder subsumirse en ninguno de los supuestos específicos que recoge la ley.

Puesto que su aplicación pasa por la interpretación del concepto de “buena fe”, el propio artículo trata de concretarlo, estableciendo que *“se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento [...] contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio [...]”*

La SAP Barcelona de 18 de junio de 2012 establece que una de las conductas subsumibles dentro de esta cláusula general es el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, es decir, cuando se utilizan las prestaciones o los resultados alcanzados por un tercero sin su consentimiento cuando no se encuentran protegidos por un derecho de exclusiva.

En definitiva, se trata de que los agentes económicos compitan por méritos o eficiencia, y no por comportamientos que supriman la estructura competitiva del mercado, o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas.

7.2.2 Artículo 9 LCD: Actos de denigración

Se trata de la realización o difusión de manifestaciones sobre un tercero (su actividad, sus productos...), que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado. Así, no importa tanto la intención con la que se haga, sino la aptitud de esa manifestación para causar, efectivamente, un daño.

El artículo contempla una exención, y es cuando la información que se difunde es cierta, exacta y pertinente, lo que significa que debe corresponderse con la realidad, ofrecer una representación fiel a los destinatarios y ser adecuadas para la formación de

las preferencias y adopción de decisiones de los consumidores. La carga de la prueba sobre la veracidad, exactitud y pertinencia de las manifestaciones recae sobre el que las realiza.

7.2.3 Artículo 13 LCD: Violación de secretos

Se refiere al deber de secreto que se les exige a todos aquellos que hayan tenido acceso legítimo a los secretos industriales o de cualquier otra clase, prohibiendo la divulgación o explotación de éstos sin autorización de su titular. Así mismo, se contemplan los casos en que la información haya sido adquirida de forma ilegítima.

Es importante no confundir los secretos profesionales con la experiencia profesional, en el sentido de que las habilidades, capacidades, experiencia o conocimiento del sector que haya adquirido, por ejemplo, un trabajador durante su estancia en la empresa son de libre uso por parte de éste una vez se desvincule de la empresa. Se ha entendido que la clientela se puede incluir dentro de este conjunto, por haberse tenido contacto directo con ella para prestarle el servicio.

El apartado 3 del art. 13 exige que con esta violación de secretos se pretenda obtener provecho, propio o de un tercero, o perjudicar al titular del secreto.

7.2.4 Artículo 14 LCD: Inducción a la infracción contractual

Comprende los actos tendentes a inducir a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a que infrinjan los deberes contractuales que han contraído con el competidor.

Si la terminación del contrato fuese regular, solo se consideraría desleal si tuviese por objeto difundir o explotar un secreto industrial o empresarial, o vaya unida a engaño, intención de eliminar a un competidor o circunstancias análogas.

Parece esencial la existencia de un contrato que vincule, o haya vinculado, a ambas partes, y un tercero que trate de hacer infructífero tal contrato. Y además, en el caso de que nos encontremos en el supuesto del segundo apartado, que exista engaño o intención de eliminar al competidor, entre otras circunstancias, pues el mero contacto con clientes o trabajadores del competidor, que no mantengan ya relación contractual o que la resuelvan de forma regular, no implica deslealtad, sino que es una característica propia de un sistema de libre competencia.

7.2.5 Acciones contra la competencia desleal

El art. 32 LCD enumera una serie de acciones que se pueden ejercitar contra los actos de competencia desleal:

Acción declarativa de deslealtad: A través de esta acción el perjudicado solicita al juez la declaración de deslealtad de la conducta objeto de enjuiciamiento. Lo más frecuente es que esta acción se solicite de forma acumulativa junto con otras acciones contempladas en el precepto, y su estimación es presupuesto necesario para que las demás prosperen. Las únicas ocasiones en las que tiene sentido solicitar esta acción de

forma individual son aquellas en las que los actos ilícitos ya han cesado y no han ocasionado daños o perjuicios.

Acción de cesación de la conducta desleal o prohibición de su reiteración futura: Esta acción tiene una naturaleza inhibitoria, pues pretende la cesación total del acto ilícito o la prohibición de su reiteración futura si ya se hubiese cesado. Además, el artículo prevé, a su vez, una acción de carácter preventivo, prohibiendo la iniciación de la conducta ilícita si todavía no ha tenido lugar.

Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal: Implica eliminar los efectos que haya producido la conducta desleal, restituyendo la situación a su estado original. Las medidas para llevar esto a cabo dependerán de cada caso concreto, pero el demandante no las puede pedir ante el juez de una forma genérica, sino que debe concretar (retirada de productos, destrucción de productos...).

Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas: Se obliga al autor de la conducta ilícita a realizar una campaña de intensidad equiparable a la que contenía el elemento ilícito desmintiendo o corrigiendo las inexactitudes o las mentiras.

Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal: La estimación de esta acción exige que haya concurrido dolo o culpa en el autor del ilícito. Se debe probar la existencia de un nexo causal entre la actuación ilícita y la lesión patrimonial causada.

Acción de enriquecimiento injusto: El artículo aclara que solo procederá esta acción cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. Generalmente el enriquecimiento injusto del demandado se corresponde con una cesación en la ganancia por parte del demandante. La jurisprudencia generalmente ha optado por aplicar esta acción cuando no existe otra apropiada para obtener la indemnización adecuada.

Publicación de las sentencias estimatorias: El apartado segundo del artículo 32 estima que en aquellos casos en los que se ejercite alguna de las cuatro primeras acciones de las mencionadas anteriormente, y la sentencia sea estimatoria, el tribunal podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia. Asimismo, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, puede exigir una declaración rectificadora.

Las demandas de materia de competencia desleal se tramitarán mediante juicio ordinario, de acuerdo con el art. 249.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a no ser que versen exclusivamente de reclamaciones de cantidad que no excedan los 6.000€ o que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, en cuyo caso procederá el juicio verbal (art. 250 LEC).

7.3 Aplicación al caso

En primer lugar se abordará la relación laboral extinguida. Por la redacción de los hechos, estimo que el supuesto se encuadra dentro del contemplado en el art. 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores. Se descarta la aplicación del artículo 50 puesto que, aunque hay un mes en el que no reciben su salario, se ha visto que los tribunales exigen un retraso continuado y persistente para poder alegar esta justa causa. Cosa distinta sería que en el momento en que abandonan la empresa ya hubiesen transcurrido más meses y la situación hubiese seguido igual, en cuyo caso sí tendría sentido acudir al art. 50 ET, en consonancia con el apartado j) del art. 49 ET.

Sin embargo, y ajustándome a los hechos expuestos, entiendo que hay una dimisión tácita del trabajador sin preaviso, en la que la voluntad extintiva del contrato se desprende de la iniciación de un nuevo proyecto empresarial. A este respecto, parece que la sociedad Augusta Nerea, S.A. solo tendría derecho a los salarios correspondientes al periodo de preaviso omitido, sin que hubiese lugar a otro tipo de indemnización.

Por otro lado, se debe abordar el posible acto de competencia desleal que realizan los antiguos trabajadores abriendo una nueva sociedad del mismo objeto social, contactando con los clientes de Augusta Nerea, S.A. y comunicándoles la situación económica de ésta.

En primer lugar, la realización por parte de un ex – trabajador de una actividad idéntica o semejante no puede constituir ilícito, pues precisamente lo más coherente y habitual es que se siga dedicando a aquella actividad de la que es profesional o de la que tiene experiencia y trayectoria, por lo que la apertura de una nueva agencia, aun siendo en la misma localidad, no constituye por sí sola una actuación subsumible en ninguno de los supuestos de competencia desleal.

En segundo lugar, respecto de la captación de la clientela, se puede considerar que el conocimiento de la misma se debe al desarrollo normal de su trabajo en Augusta Nerea, en cuyo caso sería lícito que en un contexto propio de libre competencia los distintos intervinientes del mercado se preocupasen por “robar” clientes a sus competidores. Sin embargo, se puede entender que el acceso a la lista de clientes tiene lugar aprovechándose del esfuerzo ajeno, pues es probable que la captación de clientes y su clasificación, identificación y adquisición de sus datos haya supuesto un esfuerzo para Augusta Nerea, esfuerzo del cual se aprovecha la nueva agencia, que directamente envía los correos sin tener que identificar clientes y conseguir por sus propios méritos los datos. Así, entiendo que es de aplicación la cláusula general establecida en el art. 4 LCD.

Por otra parte, entiendo que el hecho de recabar los datos de los clientes no puede constituir violación de secretos (art. 13 LCD), pues no se debe incluir en este grupo la información que los trabajadores adquieren como consecuencia lógica de su desarrollo profesional en la empresa, como puede ser el conocimiento de los clientes, fruto de su trato directo con ellos. Cosa distinta es que, como se apunta en el epígrafe anterior,

pueda apreciarse aprovechamiento del esfuerzo ajeno a la hora de recabar los datos de estos clientes.

Por lo que se refiere a la apreciación del ilícito recogido en el art. 14 LCD, de inducción a la infracción contractual, el supuesto no especifica si todos estos clientes, o alguno de ellos, tenían un contrato en vigencia con Augusta Nerea, S.A., apuntando simplemente que son clientes fijos. El hecho de que se pongan en contacto con los clientes para contarles la situación económica de Augusta Nerea, S.A. y para ofrecerles sus servicios parece una inducción a la terminación regular del vínculo entre los clientes y la sociedad, supuesto que contempla el art. 14.2 LCD. Hay que tener en cuenta que ponerse en contacto con la clientela para su captación no se considera desleal por sí mismo, sino que exige la concurrencia de un elemento adicional, que puede ser difundir o explotar un secreto industrial, utilizar el engaño, o tratar de eliminar a un competidor del mercado. Es este último elemento el que puede desprenderse del supuesto, pues comentan a los clientes la situación económica de Augusta Nerea, que si bien no puede constituir un engaño, si cabe interpretar que dar esta información tiene como pretensión eliminar a la sociedad del mercado. Por tanto, sí se aplica el art. 14.2 LCD.

Al tenor también de estas declaraciones sobre la situación económica de Augusta Nerea, S.A., es de recibo analizar si tiene cabida la aplicación del art. 9 LCD, relativo a actos de denigración. Es evidente que menoscaba su crédito en el mercado, pero se eximiría del ilícito si la información fuese veraz, exacta y pertinente. Puesto que, aun siendo ciertas las dificultades económicas, no se da una información exacta y fidedigna de la situación, pues ni los propios trabajadores la conocen, cabe entender que no existe tal exactitud, por lo que entra en juego el art. 9LCD. En todo caso, cae sobre la demandada la carga de la prueba acerca de la veracidad, exactitud y pertinencia de las declaraciones.

Finalmente, en cuanto a las acciones que Augusta Nerea, S.A. podría ejercitar por realizarse ilícitos del art. 4, art. 9 y art. 14.2, las más apropiadas al supuesto serían:

- Acción declarativa de deslealtad (Art. 32.1.1° LCD).
- Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (Art. 32.1.4° LCD).
- Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal (Art. 32.1.5° LCD).

8. Conclusiones

Tras haber analizado cautelosamente las circunstancias y acontecimientos que han rodeado a la Sociedad Anónima Augusta Nerea, y haberme posicionado respecto de cada una de ellas, procede en este momento converger todas esas conclusiones o posicionamientos jurídicos a fin de dar respuesta a los conflictos a los que se enfrenta la sociedad.

Augusta Nerea, S.A. cumple el requisito objetivo que el art. 2 LC establece para la declaración de concurso. Este presupuesto objetivo se refiere a la insolvencia, entendida como la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles, y no al desequilibrio patrimonial que presenta, el cual, por sí mismo, no constituye presupuesto para la declaración de concurso. Ante la concurrencia de ambas situaciones, el art. 363.1 e) TRLSC aclara que prevalece la declaración de concurso.

Bien es cierto que, a fin de evitar el concurso de acreedores, la sociedad podría tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, pues del supuesto se desprende que los socios apuestan por la viabilidad de la empresa, y este acuerdo podría suponer un margen de actuación al flexibilizar sus obligaciones con terceros.

Si no se optase por esta alternativa ni ninguna otra, o estas no resultasen efectivas, la declaración del concurso traería consigo la necesaria clasificación de los créditos de la sociedad, que en este caso no presentan demasiadas particularidades, así como la reintegración de la cantidad de 500.000 € pagada a Almanzor, S.L., pues ocasiona un grave perjuicio para la sociedad, rompe con el principio de paridad de trato entre acreedores y media mala fe por parte del acreedor.

En lo que respecta al acuerdo por el que se establece una retribución para don Plácido por su cargo de administrador, éste es impugnabile cualquiera que sea el tiempo que haya transcurrido desde su adopción pues, además de ser contrario a la ley y a los estatutos, es contrario al orden público. Este hecho supone para don Plácido tener que enfrentarse a la responsabilidad social y penal que conllevan los actos que protagoniza.

En cuanto a los actos de competencia desleal por parte de los trabajadores tras haber abandonado la empresa, cabe apreciar los supuestos recogidos en el art. 4, 9 y 14.2 LCD.

La turbia situación de la sociedad, que queda patente con la presentación de todos los hechos, hace recomendable, bajo mi punto de vista, la extinción de la sociedad, pues la huida de los trabajadores junto con las irregularidades llevadas a cabo por don Plácido y la delicada situación económica suponen un escenario muy difícil para la adecuada continuación de Augusta Nerea, S.A. en el tráfico mercantil.

9. Bibliografía

ARROYO MARTÍNEZ, I. & MORRAL SOLDEVILA, R. (2014). *Teoría y práctica del derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*. (2ª ed.). Madrid: TECNOS.

DELOITTE. (2010). *El Consejo de Administración. Aspectos prácticos*. Recuperado de <http://www.aeef-ejecutivos.net/downloads/deloitte1.pdf>

GARRIGUES. (2014). *Real Decreto Ley 4/2014 de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de Refinanciación y Reestructuración de Deuda Empresarial*. Recuperado de <http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Novedades/Documents/Comentario-RI-1-2014.pdf>

LARA GONZÁLEZ, R. (2012). Captación de clientes de la antigua empresa y actos de competencia desleal. *LegalToday.com*. Recuperado de: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/captacion-de-clientes-de-la-antigua-empresa-y-actos-de-competencia-desleal#>

LEÓN SANZ, F.J. (2014). La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales. *El Notario del Siglo XXI, N° 56, 38-42*. Recuperado de <http://elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-56/3810-la-reforma-de-los-acuerdos-de-refinanciacion-preconcursales>

MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2002). Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N°6, 437-446*. Recuperado de: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2189/1/AD-6-20.pdf>

NIETO DELGADO, C. (2014). Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación. En I. Villoria; M. Enciso (Eds.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Concursal 2015* (pp. 9-49). Madrid: EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2013). *Préstamos, infracapitalización y rescisión concursal* [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2013/09/prestamos-infracapitalizacion-y.html>

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2014). *Retribución: Acuerdo de la junta a partir de un importe máximo recogido en los estatutos [Mensaje en un blog]*. Recuperado de <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2014/11/retribucion-acuerdo-de-la-junta-partir.html>

SÁNCHEZ MAGRO, A. (2014). Acuerdo extrajudicial de pagos. En P. Prendes; L. Pons (Dir.), *Prácticum concursal* (pp. 923-978). Navarra: THOMSON REUTERS ARANZADI.

SANCHO GARGALLO, I. (2012). *La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración*. Recuperado del sitio de Internet del Ministerio de Justicia: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292347816992?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Ignacio_Sancho_Gargallo.PDF

SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (2011). Efectos de la rescisión en la Ley Concursal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N° Extra 1, 48-53*. Recuperado de: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3189/documento/art05.pdf?id=3334>

SENÉS, C. (2014). El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?. *Revista de derecho civil, Vol.I, N°1, 49-68*. Recuperado de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/45/26>

VÁQUER MARTÍN, F.J. (2014). Presupuestos del concurso. En P. Prendes; L. Pons (Eds.), *Prácticum concursal* (pp. 35-86). Navarra: THOMSON REUTERS ARANZADI.

VÁZQUEZ PENA, M.J. (2011). *Las acciones para prohibir la publicidad ilícita y desleal*. Recuperado del sitio de Internet de la Escola Galega de Administración Pública: http://egap.xunta.es/egapaberta/ficha/aformativa/ppts/5084a11_10102

YÁÑEZ EVANGELISTA, J. (2014). De la formación de la masa activa y las acciones de reintegración. En P. Prendes; L. Pons (Eds.), *Prácticum concursal* (pp. 411-466). Navarra: THOMSON REUTERS ARANZADI.

ZURILLA CARIÑANA, M.A. (2009). *Acciones civiles en materia de competencia desleal*. (Documento de trabajo 2009/1). Recuperado del sitio de Internet de la Universidad de Castilla-La Mancha: <http://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/2009/01.pdf>

LEGISLACIÓN:

- España (1989). *Real Decreto de 24 de julio de 1989 por el que se aprueba el Código Civil.*
- España (1991). *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.*
- España (1995). *Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*
- España (1995). *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*
- España (2000). *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*
- España (2003). *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.*
- España (2010). *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.*
- España (2013). Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 27 de abril de 2013. Boletín Oficial del Estado, 29 de mayo de 2013, núm. 128, p. 40487.

JURISPRUDENCIA:

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 487/2013 de 10 de julio.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 590/2013 de 15 de octubre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 222/2010 de 19 de abril.
- Andalucía. Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 3632/2008 de 23 de diciembre.
- Barcelona. Audiencia Provincial (Sección 4ª). Sentencia núm. 341/2012 de 18 de junio.
- Barcelona. Audiencia Provincial (Sección 15ª). Sentencia núm. 473/2005 de 9 de noviembre.
- Pontevedra. Audiencia Provincial (Sección 1ª), Sentencia núm. 145/2011 de 21 de marzo.
- Valencia. Audiencia Provincial (Sección 9ª). Sentencia núm. 417/2012 de 27 de noviembre.