

Universidad de A Coruña

Facultad de Derecho



Grado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

**RESPONSABILIDADES PENALES Y CONCURSO DE ACREEDORES DE
BALEA, SA**

Autor:

D. Yago Iglesias Freire

Tutor:

Prof. Dr. D. Santiago Roura Gómez

ÍNDICE:

-Abreviaturas.....	4
- Supuesto.....	5
-Pregunta 1: En el caso de la disolución de CONSTRUCCIONES BALEA, y a la vista de la regulación legal, ¿nos encontramos ante un caso de disolución de pleno derecho, de disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria o de disolución por mero acuerdo de la junta general?	
-I. Introducción.....	8
-II. Disolución por mero acuerdo de la Junta General.....	8
-III. Otras vías de disolución:.....	9
-III.I. Disolución de pleno derecho.....	9
-III.II. Disolución por existencia de causa legal o estatutaria.....	10
-Pregunta 2. Analice si las partes están legitimadas para solicitar el concurso de acreedores y si se cumplen los requisitos legales para la declaración del mismo.	
-I. Introducción.....	11
-II. Inicio del procedimiento y legitimación de las partes.....	11
-II.I. Presupuesto subjetivo y objetivo.....	11
-II.II. Presupuesto formal- Legitimación de la solicitud.....	13
-III. Solicitud presentada por Construccions Balea SA.....	14
-IV. Solicitud presentada por la sociedad acreedora.....	16
-Pregunta 3. ¿Qué juzgado es competente para conocer del concurso de la sociedad CONSTRUCCIONES BALEA, SA? ¿Suponiendo que ambas solicitudes de concurso cumpliesen con todos los requisitos de forma y de fondo, ¿qué juzgado debe conocer del asunto? ¿Qué calificación debe tener el concurso, voluntario o necesario?	
-I. Introducción.....	18
-II. Juzgado competente y clases de concurso.....	19
-Pregunta 4. Si se forma la sección de calificación del concurso, y atendiendo a los hechos relatados en el caso, ¿cuál cree que será la calificación del concurso, fortuito o culpable? Justifíquelo.	
-I. Introducción.....	22
-II. Tipos de concurso.....	23
-III. Conclusión.....	24

-Pregunta 5. Analice las posibles responsabilidades civiles, tanto concursales como extraconcursoales, derivadas de los hechos descritos en el caso.

-I. Introducción.....	27
-II. Responsabilidad en Personas Jurídicas.....	28
-III. Responsabilidad de los Administradores.....	28
-IV. Responsabilidades Extraconcursoales.....	29
-IV.I. Acción Social.....	29
-V. Responsabilidades Concursoales.....	31

-Pregunta6. Analice las posibles responsabilidades penales derivadas de los hechos descritos en el caso.

-I. Introducción.....	33
-II. Nacimiento de la Responsabilidad Penal.....	33
-III. Extinción de la Responsabilidad Penal.....	35
-IV. Responsabilidades Penales en Personas Jurídicas.....	36
-V. Responsabilidades Penales en el caso.....	37

-Pregunta 7. Analice los efectos de la declaración del concurso de acreedores sobre los contratos a que se refiere el supuesto. ¿Pueden las partes solicitar la resolución de los contratos?

-I. Introducción: Contratos y su situación en el derecho.....	45
-II. Tipos de contratos en el supuesto.....	45
-II.I. Contrato de Compraventa.....	45
-II.II. Contrato de Agencia.....	48

-Bibliografía.....	50
---------------------------	-----------

Abreviaturas:

- Art/Arts: Artículo/Artículos.
- AP: Audiencia Provincial.
- CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- CCo: Código de Comercio
- CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- FD: Fundamento de Derecho.
- LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
- LCA: Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.
- LO: Ley Orgánica.
- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- LGT: Ley General Tributaria
- LSC: Ley de Sociedades de Capital.
- RAE- Real Academia Española.
- RD: Real Decreto.
- SAP: Sentencia Audiencia Provincial.
- STS/SSTS: Sentencia/Sentencias Tribunal Supremo.
- TS: Tribunal Supremo.

CASO PRÁCTICO:

CONSTRUCCIONS BALEA, SA es una sociedad anónima cuyo objeto social es la promoción y construcción de viviendas. Su capital social está repartido del siguiente modo entre sus cuatro socios, que son hermanos: don Miguel (25%), doña Gema (20%), doña Nerea (30%), y doña Yaiza (25%). Don Miguel, graduado en Administración y Dirección de Empresas, es administrador único de la sociedad, y se encarga de todos los asuntos relacionados con la misma. Sus hermanas, por el contrario, se desentienden, limitándose únicamente a acudir a las juntas generales y a preguntar de vez en cuando a don Miguel cómo marcha el negocio.

El domicilio social de CONSTRUCCIONS BALEA, SA se encuentra en la casa familiar en la que originalmente se situaban las oficinas de la empresa, en la calle Progreso, número 1 de A Coruña. No obstante, debido a que actualmente don Miguel tiene su residencia en las Rías Baixas y el mayor volumen de negocio de la empresa se realiza en esta zona, las oficinas de la empresa se encuentran situadas en la calle Pombal, número 32, en el término municipal de Cambados, provincia de Pontevedra.

El 5 de febrero de 2014, la sociedad CONSTRUCCIONS BALEA, SA firma con don Rafael y doña Julia sendos contratos de compraventa mediante los que se obliga a entregar el 15 de enero de 2017 una vivienda unifamiliar de nueva construcción a cada comprador. Don Rafael y doña Julia, por su parte, se obligan al pago del precio de 200.000€, que podrá ser abonado, a elección del comprador, en cualquier momento anterior a la entrega de la vivienda. El contrato incluye una cláusula que dispone la resolución automática del contrato en caso de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. El 1 de septiembre de 2014 don Rafael realiza el pago de la totalidad del precio, mientras que doña Julia opta por no realizar el pago del precio hasta que tenga lugar el acto de entrega de llaves.

El 7 de abril de 2014 son aprobadas por unanimidad las cuentas anuales de la sociedad, que han sido elaboradas por don Miguel. A continuación se extracta el balance de situación de CONSTRUCCIONS BALEA, SA a fecha de 31 de diciembre de 2013:

ACTIVO	650.000 €	PATRIMONIO NETO	160.000 €
Construcciones	100.000 €	Capital social	280.000 €
Terrenos	60.000 €	Reserva legal	58.000 €
Maquinaria	100.000 €	Cobertura de flujos de efectivo	22.000 €
Inversiones inmobiliarias	80.000 €	Rdos negativos de ej. Anteriores	- 150.000 €
Materias primas	40.000 €	Resultado del ejercicio	- 50.000 €
Hda Pública, deudora	200.000 €	PASIVO	490.000 €
Clientes	20.000 €	Deudas con entidades de crédito	350.000 €
Tesorería	50.000 €	Proveedores de inmovilizado a l/p	100.000 €
		Deudas a corto plazo	40.000 €
TOTAL	650.000 €	TOTAL	650.000 €

En el momento de aprobación de las cuentas anuales, y a pesar de las importantes pérdidas que viene arrastrando, la sociedad se encuentra al corriente del pago de todas sus obligaciones.

Doña Nerea está realizando un curso de contabilidad a distancia para poder ejercer un mayor control sobre la administración de don Miguel, de la que no se fía en exceso. Al estudiar las cuentas anuales se alarma y, tras comentar las mismas con su profesor, comunica a don Miguel su deseo de convocar una junta general que incluya en el orden del día la adopción de un acuerdo de disolución de la sociedad y la designación de liquidadores.

Don Miguel, que convoca la junta general para el día 19 de mayo de 2014, indica a doña Yaiza una hora de reunión errónea, con la intención de que ésta no asista a la reunión. Esto se debe a que conoce su intención de votar, junto con doña Nerea, en contra de su designación como liquidador, dadas las sospechas que ambas tienen en relación con su buena fe como administrador.

Cuando se encuentran reunidos en la sede social don Miguel, doña Gema y doña Nerea, irrumpe en la misma doña Yaiza, visiblemente enfadada tras descubrir el engaño. Se inicia una fuerte discusión entre los hermanos, que va aumentando de intensidad hasta que don Miguel golpea fuertemente en la cabeza a doña Yaiza con un abrecartas, causándole una herida en la nuca que precisa de diez puntos de sutura. En ese momento, doña Nerea comienza a insultar e increpar a don Miguel, diciendo cosas como “me las vas a pagar, el día que nos encontremos a solas voy a ponerte un ojo morado”. Aprovechando la confusión, doña Yaiza abandona el local para dirigirse al centro médico más cercano y de paso pinchar las ruedas del coche de don Miguel, que se encontraba aparcado en la puerta del local, como represalia por lo ocurrido. El coste de la reparación de los neumáticos asciende a 380 €.

Una vez calmados los ánimos, se procede a la votación de los puntos del orden del día, acordando con los votos favorables de los tres socios presentes la disolución y liquidación de la sociedad. También se acuerda que don Miguel actúe como liquidador, con los votos favorables del propio don Miguel y de doña Gema y el voto en contra de doña Nerea. A pesar de lo accidentado de la reunión, doña Yaiza quiere olvidarse de lo ocurrido y decide no impugnar los acuerdos sociales adoptados.

En los meses siguientes don Miguel cumple con el mandato legal impuesto a los liquidadores realizando el inventario de los bienes de la sociedad e iniciando el proceso de enajenación de los mismos. No obstante, trata de agilizar la enajenación todo lo posible, puesto que necesita el dinero cuanto antes para poder emprender otros negocios. Dado el carácter específico de la maquinaria utilizada, la situación de crisis económica y la rapidez requerida por don Miguel, los dos primeros lotes de bienes, enajenados el día 2 de octubre de 2014, son vendidos por 20.000€ y 45.000€, un 20% y un 25% de su respectivo valor contable.

Tras mantener varias reuniones en las que don Miguel informa a sus hermanas de la marcha de la liquidación, el 15 de diciembre de 2014 don Miguel recibe notificación de embargo por parte de la Agencia Tributaria de la cuenta corriente de la sociedad. Ante este hecho, los socios acuerdan en Junta universal solicitar concurso de acreedores, solicitud que don Miguel presenta en nombre de CONSTRUCCIONES BALEA, SA, ante el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra el 22 de diciembre de 2014. El concurso voluntario es declarado por auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra de fecha 23 de diciembre de 2014.

Para su sorpresa, esa misma semana reciben notificación del emplazamiento a la sociedad a comparecer ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña, que ha

dictado auto de admisión a trámite, con fecha de 23 de diciembre de 2014, de la solicitud de concurso necesario de CONSTRUCCIONES BALEA, SA. Esta solicitud había sido presentada dos días antes por parte de la sociedad PÁGAME, SL, acreedora de la concursada. Ante este hecho, la concursada ofrece a la acreedora PÁGAME, SL garantizar, mediante aval bancario, el pago de sus obligaciones a cambio de que retire su solicitud de concurso. La acreedora rechaza el ofrecimiento.

El día 28 de diciembre de 2014, la concursada recibe una carta de doña Aida en la que comunica que da por finalizado, de modo unilateral y con efecto inmediato, el contrato de agencia que vinculaba a ambas partes, con causa en la declaración de concurso de acreedores de la sociedad. La administración concursal se opone a la extinción inmediata del contrato, argumentando que no ha realizado con el plazo necesario el preaviso estipulado en el contrato para que se cause el pretendido efecto extintivo.

En el transcurso del concurso, la administración concursal descubre que las cuentas anuales de la empresa no reflejan la imagen fiel de la misma durante los ejercicios 2007, 2008 y 2009, pues no recogían ciertos cobros a clientes, con el doble objetivo de reducir la cuantía que debía ser pagada a la Agencia Tributaria en concepto de Impuesto de Sociedades y desviar el dinero no declarado a una cuenta personal de don Miguel. Se estima que las cuantías defraudadas son de 150.000€, 100.000€ y 45.000€ cada año, respectivamente.

1. En el caso de la disolución de CONSTRUCCIONS BALEA, y a la vista de la regulación legal, ¿nos encontramos ante un caso de disolución de pleno derecho, de disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria o de disolución por mero acuerdo de la junta general? Justifique la respuesta.

I. INTRODUCCIÓN:

(La disolución de la sociedad que el caso nos muestra, viene dada por el acuerdo de la junta general).

La disolución de las sociedades de capital no es algo automático, sino el resultado de un proceso, de una sucesión de actos jurídicos tendentes a la terminación de la vida societaria. Supone la resolución del contrato de sociedad, basándose en dos causas fundamentales de disolución: las previstas en la ley y las previstas en los estatutos sociales.

La disolución es, por tanto, el camino hacia la liquidación de la sociedad, que supone generalmente, la extinción de la misma¹.

Tal y como contempla la Ley de Sociedades de Capital en el apartado h) de su artículo 160, es competencia de la junta general deliberar así como acordar la disolución de la sociedad. Siguiendo con lo establecido en el artículo 166 de la propia ley, dicha junta deberá de ser convocada por los administradores. (Además esta figura viene regulada en el artículo 368 de la LSC al citar que “la sociedad de capital podrá disolverse por mero acuerdo de la junta general adoptando con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos”)

II-DISOLUCIÓN POR MERO ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL

En el caso se nos muestra como Doña Nerea, socia de Construccions Balea SA, comunica a Don Miguel, administrador de la misma, su deseo de convocar una junta general² con el fin de adoptar en ella un acuerdo de disolución de la sociedad³ así como el nombramiento de liquidadores⁴, motivada por las sospechas que ésta tiene sobre la buena fe como administrador de Don Miguel, después de haberse alarmado al estudiar detenidamente las cuentas anuales de la sociedad.

Esta petición se realiza en base a lo establecido en el artículo 168 de la LSC, en virtud del cual los administradores deberán de convocar la junta cuando uno o varios socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social lo soliciten, expresando siempre en la propia/misma solicitud los asuntos a tratar en la junta.

¹ STS de 10 de mayo de 1982, sala 1ª: En este sentido establece que la declaración de disolución de una sociedad no es más de lo que la doctrina científica moderna denomina relación de liquidación o extinción.

² STS de 16 de diciembre de 2004, sala 1ª: La celebración de la junta general de accionistas constituye un presupuesto ineludible para la disolución de la sociedad y su inexistencia ocasiona la nulidad de tal disolución que puede ser apreciada de oficio por los tribunales.

³ Artículo 160 h) LSC: Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre la disolución de la sociedad.

⁴ Artículo 160 b) LSC: Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre el nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos

Doña Nerea, posee el treinta por ciento del capital social de Construccions Balea SA, lo que le faculta para realizar tal petición, por lo que Don Miguel, en su papel de administrador, convoca para el día 19 de mayo del año 2014 la junta general, incluyendo en el orden del día la adopción de un acuerdo de disolución de la sociedad y la consiguiente designación de liquidadores.

Una vez en la junta, se procede a la votación de los puntos recogidos en el orden del día (entre los que se encuentra la disolución y liquidación de la sociedad así como el nombramiento de liquidadores). Tal y como establece el artículo 368 de la LSC, la sociedad de capital podrá disolverse por mero acuerdo de la junta general adoptando con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos. Así, el artículo 288.2 de la ley refleja que el acuerdo de modificación de estatutos sociales en las sociedades anónimas se adoptará conforme a lo dispuesto en los artículos 194 y 201 de la LSC, haciendo referencia al quórum de constitución reforzado en casos especiales, siendo necesaria en primera convocatoria la concurrencia de accionistas, presentes o representados, que posean al menos el cincuenta por ciento del capital social suscrito con derecho a voto. En la junta se encuentran Don Miguel, Doña Gema y Doña Nerea, poseedores del 25%, 20% y 25% del capital social respectivamente, superando por tanto el requisito reflejado en el artículo 194 de la ley. Establece el artículo 201.2 LSC, que para la adopción de los acuerdos a que se refiere el recientemente citado artículo 194, es decir, para todos aquellos que necesitan un quórum reforzado, bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta, siempre y cuando esté representado al menos el cincuenta por ciento del capital social, requisito con el que la junta cuenta como ya hemos apreciado. En la junta se acuerda la disolución y liquidación de la sociedad con los votos favorables de los tres socios presentes, así como la designación de Don Miguel como liquidador de la misma con dos votos favorables, los del propio Don Miguel y Doña Gema, y uno en contra, el de Doña Nerea, en base a lo expuesto anteriormente.

III- OTRAS VÍAS DE DISOLUCIÓN

Además de esta vía de disolución por el mero acuerdo de la Junta General, existen otras dos vías por las que puede llegar a disolverse una sociedad. La disolución de la misma puede ser de pleno derecho así como por la constatación de la existencia de causa legal o estatutaria.

III.I- DISOLUCION DE PLENO DERECHO

Hablamos de disolución de pleno derecho cuando ha transcurrido el periodo de duración de la sociedad que había sido previamente fijado en los estatutos, exceptuando todos aquellos casos en los que existiese una prórroga debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Otra de las vías por las que llegar a una disolución de pleno derecho, se da cuando se adopta un acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal motivado por la imperatividad de una ley, y pasado un año desde la adopción del mismo no se haya inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad así como tampoco el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. En caso de darse cualquiera de estas dos posibilidades, el registrador, ya fuere de oficio o a instancia de cualquier interesado, hará constar la disolución de pleno derecho en la hoja abierta de la sociedad.

No procede la disolución de pleno derecho regulada en el artículo 360 LSC, ya que como hemos visto la disolución no viene motivada por ninguna de las dos vías anteriormente mencionadas para poder llevarse a cabo una disolución de pleno derecho, pues no se hace referencia alguna a la existencia y con ello a la finalización de ningún término de duración de la sociedad, y no sería lo más normal tratándose de una sociedad cuyo objeto es la construcción y la promoción de viviendas, ni se ha producido acuerdo alguno para la reducción de capital.

III.II-DISOLUCIÓN POR EXISTENCIA DE CAUSA LEGAL O ESTATUTARIA

Una segunda vía por la que puede llegar la disolución de una sociedad, es a través de la constatación de la existencia de causa legal o estatutaria, regulada en los artículos 362 y siguientes de la LSC. Así, el artículo 363 de la ley, refleja las causas de disolución por las que la sociedad podría disolverse, como por ejemplo el cese en el ejercicio de la actividad del objeto social, produciéndose éste tras un periodo de actividad superior a un año, por la conclusión de la empresa al constituir su objeto, por la imposibilidad de conseguir el fin social, por la paralización de los órganos sociales, resultando así inviable el funcionamiento de la misma, por la reducción del capital social por debajo del mínimo legal sin ser éste consecuencia del cumplimiento de una ley o por cualquier otra causa reflejada en los estatutos de la sociedad entre otros. A diferencia de la disolución de pleno derecho, aquí si se requerirá acuerdo de la junta general, necesitando un quórum de constitución y mayorías recogidos en los artículos 193 y 201 de la LSC, al ser Construcciones Balea, una sociedad anónima.

Del mismo modo tampoco procederá la disolución de la sociedad por la constatación de causa legal o estatutaria, figura regulada en el artículo 362 LSC, pues las sospechas que Doña Nerea tiene acerca de la buena fe de su hermano y administrador de la sociedad Don Miguel, no pueden ser probadas y concierne o vienen provocadas por una falta de confianza sobre el mismo.

Por lo que parece claro, en base a lo expuesto anteriormente, que la disolución de la sociedad reflejada en el caso, se ha dado por mero acuerdo de la Junta General.

2-ANALICE SI LAS PARTES ESTÁN LEGITIMADAS PARA SOLICITAR EL CONCURSO DE ACREEDORES Y SI SE CUMPLEN LOS REQUISITOS LEGALES PARA LA DECLARACION DEL MISMO.

I-INTRODUCCIÓN.

En el caso, se nos muestra cómo, una vez acordada la disolución de Construcciones Balea por acuerdo de la Junta General, don Miguel, recibe una notificación de embargo de la cuenta corriente de la sociedad por parte de la Agencia Tributaria. Así, en vista de la precaria situación de la sociedad en liquidación, don Miguel junto con doña Gema, doña Nerea y doña Yaiza, acuerdan a través de una Junta Universal, solicitar concurso de acreedores. Recordemos que la figura de junta universal viene regulada en el artículo 178 LSC, el cual establece que la misma “*quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto siempre y cuando esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión*”, pudiendo ésta, darse en cualquier lugar del territorio nacional o extranjero.

El concurso de acreedores supone una herramienta útil para hacer frente a la crisis empresarial derivada de problemas de liquidez, es decir, en una situación en que la empresa tiene un patrimonio pero no dispone de tesorería o dinero en efectivo. El objetivo es intentar que la empresa que se encuentra en esta situación pueda resultar viable, manteniendo la garantía del derecho de cobro de sus acreedores.

Con esto lo que se quiere evitar es la búsqueda inmediata de la liquidación de la empresa, alcanzando soluciones para su supervivencia, evitando que se agrave esa insolvencia que le acompaña así como que sus acreedores se vean también abocados a la crisis.

No es una solución sino un medio para lograr la viabilidad empresarial. Reconocer y asumir la situación a tiempo es una gran ayuda a la continuidad y saneamiento del negocio. El concurso de acreedores es un procedimiento ideado para paliar los efectos de la falta provisional de tesorería al organizar las finanzas del concursado.

II-INICIO DEL PROCEDIMIENTO Y LEGITIMACION DE LAS PARTES

Los supuestos para el inicio del procedimiento del concurso así como para la declaración del mismo exigen la prueba de tres requisitos previos: subjetivo, objetivo y formal.

A) Presupuesto Subjetivo y Objetivo:

-El presupuesto subjetivo de la declaración de concurso, depende de la condición de deudor, es decir, el deudor ha de ser necesariamente una persona natural o jurídica, por lo que cualquier persona, física o jurídica, incluida la herencia yacente, pueden solicitar la declaración del mismo o un patrimonio de los admitidos como sujetos pasivos de este procedimiento.

Tal y como ocurría con la anterior regulación ya no existe la separación entre personas civiles y mercantiles, gracias en gran medida a la unidad del sistema, exceptuándose eso si los entes y organismos públicos del Estado para los cuáles no se admitirá el concurso, aun encontrándose en una situación objetiva de insolvencia (art.1.3º LC)

Por lo tanto, son susceptibles de ser declaradas en concurso todas las personas naturales, sin ningún tipo de requisito de edad o capacidad de obrar, y aquellas que lo sean de base asociativa, sociedades civiles o mercantiles incluso en liquidación como en este caso, o fundacional. Del mismo modo, se excluirán las sociedades de capital en formación, así como las uniones temporales de empresas, fondos de inversión o de pensiones, las comunidades de bienes y las comunidades en régimen de propiedad horizontal, pues carecen todas ellas de personalidad jurídica.

-Por otro lado, la representación del presupuesto objetivo, se realiza a través de la insolvencia del deudor. La sociedad, en este caso, deberá de encontrarse en estado de insolvencia para que sea posible la declaración del concurso. El artículo 2.2 LC, define la insolvencia como la situación en la que el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, surgiendo dudas acerca de las diferentes interpretaciones que pueden aparecer acerca del término “regularmente”.

Este debate existente por la abstracción así como por la falta de claridad de la legislación anterior, desaparece con la nueva ley, que amplía el concepto, acercándose más hacia un incumplimiento reiterado sin que sea necesario probar el carácter total y definitivo. A pesar de esto, dicha discusión es una problemática más académica que práctica por dos motivos:

- En primer lugar, debido a que el presupuesto objetivo varía en función de si la solicitud es presentada por el deudor o por el acreedor. Si la solicitud la realiza el deudor, la insolvencia en dicho concurso, que tomará la figura de voluntario, podrá ser actual o inminente, sin que haga falta probar que el incumplimiento de las obligaciones sea de carácter general, completo y definitivo, tratándose por tanto de una probabilidad. Sin embargo, si la solicitud es llevada a cabo por alguno de los acreedores, el concurso que figurará como necesario u obligatorio, no contemplará ese presupuesto de insolvencia posible, debiendo ésta de ser real y probada.

- En segundo lugar, porque la ley vincula automáticamente el efecto de insolvencia a una serie de hechos tipificados legalmente. Cuando el deudor solicita el concurso, deberá de acreditar las deudas, así como su estado de insolvencia y que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, entrando aquí en juego la probabilidad del hecho futuro (art.2.3LC). Por otro lado, dicho carácter probable, no tiene cabida en la solicitud del concurso necesario llevado a cabo por los acreedores, para los que la Ley Concursal en su artículo 2.4 enumera una serie de hechos que prueban este presupuesto objetivo de insolvencia:

(a) Cuando del embargo no resultan bienes suficientes para el pago del crédito reconocido en un título ejecutivo o de apremio.)

b) El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.

c) Existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectan de una manera general al patrimonio del deudor.

d) El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

e) El incumplimiento generalizado de alguna de las obligaciones siguientes: tributarias anteriores a los tres meses de la solicitud, cuotas de la Seguridad Social en el mismo periodo de tres meses, salarios y demás retribuciones laborales de los últimos tres meses.

Al acreedor le bastará con probar en su solicitud de concurso cualquiera de los hechos anteriormente mencionados para obtener la declaración del mismo sin necesidad de fundar la solicitud en la realidad del estado de insolvencia al que hemos hecho referencia.

Entendemos así, por sociedad insolvente, aquella que presenta alguna de las características típicas que se dan en las llamadas sociedades fantasma, como puede ser que en caso de acumulación de deudas, los administradores cierran el negocio y se desentienden de las obligaciones contraídas sin intentar llegar a un acuerdo de pago con los acreedores y sin presentar procedimiento concursal voluntario.

B) Presupuesto Formal- Legitimación de la solicitud:

Tanto el presupuesto subjetivo como el objetivo, sirven de base a la ya mencionada solicitud. El concurso no se declara de oficio, por lo que será necesaria la presentación de la misma para poder iniciar el procedimiento concursal. En cuanto a la legitimación a la hora de solicitar la declaración de concurso, tal y como establece el artículo 3.1 de la Ley Concursal, corresponde al deudor, a cualquiera de sus acreedores y al mediador concursal, añadiendo que si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación, don Miguel en este caso.

Continúa mencionando el apartado 3º del artículo 3, que si se tratase de una persona jurídica, estarán también legitimados para formular la petición, los socios, así como los miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella. Por lo que podrán solicitar la petición tanto don Miguel, como administrador y posteriormente liquidador de la sociedad, como cualquiera de sus tres hermanas, socias a su vez de Construcciones Balea SA, a raíz de lo mencionado en el artículo 3 de la ley al que anteriormente hemos hecho referencia.

Esta solicitud se hará conforme a lo establecido en el artículo 5.1 LC, en función del cuál, el deudor deberá de solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, pudiendo su incumplimiento desencadenar en la calificación de concurso doloso o culpable como se verá más adelante⁵. Entendemos que la sociedad, representada en la figura de su administrador don Miguel, conoce el estado de insolvencia de la misma, en el momento en el que la Junta General acuerda la disolución de la sociedad el día 19 de mayo de 2014. Recordemos que en el momento en el que las cuentas anuales de la sociedad son aprobadas el día 7 de abril de ese mismo año, la sociedad se encuentra al corriente de pagos a pesar de que ya viene arrastrando importantes pérdidas que hacen prever una situación de insolvencia inminente. Además dicho argumento coge más peso al votar el propio administrador, a favor de la mencionada disolución, siendo perfecto conocedor de la situación real de la sociedad en cuestión. Por este motivo, con base al artículo 5.1 LC, don Miguel deberá de solicitar concurso, antes del día 19 de julio de 2014, pues el retraso de ese deber, puede suponer el agravamiento de la situación de insolvencia (real o inminente que atraviesa la sociedad) perjudicando así el devenir de la misma y los derechos de los acreedores.

⁵ STS de 17 de noviembre de 2011 (JUR/2011/427668): Se pone de manifiesto en su FD 3.º que el plazo de dos meses del artículo 5 LC es aplicable a todo concurso, necesario o voluntario, pues el precepto no hace distinción.

III-SOLICITUD DE CONSTRUCCIONS BALEA, SA.

Con base a esto, Don Miguel, como liquidador de la sociedad, realiza tal petición en nombre de la misma, el día 22 de diciembre del año 2014 ante el juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, (pie de página art8.LC Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil) ya que es en Cambados (Pontevedra) en donde se situaban las oficinas de la empresa, al ser la zona en la que la sociedad tenía un mayor volumen de negocio y tal y como indica el artículo 10 de la LC, “la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales”, entendiéndose éste como el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. Además, continúa mencionando el artículo 10 de la ley, que en caso de ser el deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social.

Así, apreciamos como la decisión de solicitar el concurso por parte del deudor es un deber y no una posibilidad. El incumplimiento del mismo, comportará si se formase la sección de calificación, la presunción de culpa grave o dolo en la generación o agravación de la insolvencia, pudiéndose así calificar como culpable el concurso e imputar responsabilidad al deudor. Este deber tendrá una excepción, a la que hace referencia el artículo 5.2 bis LC, que se dará cuando dentro del plazo exigible de los dos meses, el deudor ponga en conocimiento del juzgado competente el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener una propuesta anticipada de convenio. Transcurridos tres meses desde tal comunicación, habiéndose alcanzado o no acuerdo para la refinanciación o las adhesiones para la propuesta anticipada del convenio, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente a no ser que ya no se encontrara en estado de insolvencia, aunque tal situación no nos atañe en lo referente al caso.

El escrito de solicitud es formal y en el artículo 6 LC se enumeran una serie de requisitos mínimos que deberá de contener la solicitud presentada por el deudor, es decir, por don Miguel en nombre de Construccions Balea. Son los siguientes:

1. En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.

2. A la solicitud se acompañarán los documentos siguientes:

1º. Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta.

2º. La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial.

-Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

-Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en

su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

-Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

3°. Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

4°. Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

5°. La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere.

3. Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además:

1°. Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.

2°. Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

3°. Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

4°. En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

Finaliza tal artículo mencionando en su apartado 3°.5 que el deudor, en caso de no presentar alguno de los documentos anteriormente mencionados, deberá de expresar en la misma solicitud, el motivo que lo motivara.

IV-SOLICITUD PRESENTADA POR LA SOCIEDAD ACREEDOR.

Por otro lado, uno de los acreedores de Construccions Balea, presenta otra solicitud de concurso⁶ el día 21 de diciembre de 2014, ante el Juzgado de lo Mercantil⁷ número 2 de A Coruña, en donde la sociedad deudora tiene fijado su domicilio social.

Para que la solicitud presentada por los acreedores pueda plantearse, será necesario tener la titularidad de un crédito, resultado indiferente su importe o naturaleza, siendo únicamente necesario que éste haya nacido con anterioridad a la declaración del concurso, pudiendo ser presentada por cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera, sin importar tampoco que el titular del crédito sea una sociedad en liquidación, como en este caso, una sociedad irregular o una persona en concurso. Se exceptuarán, tal y como establece el artículo 3.2 LC, *“el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos inter vivos y a título singular, después de su vencimiento”*, con el objetivo de evitar situaciones de oportunidad con vistas a la proximidad del concurso del deudor.

Esta solicitud presentada por Págame SL, deberá de incluir, tal y como tipifica el artículo 7 LC, además del poder para pleitos con nombramiento de abogado y procurador, el documento que justifique su legitimación, la naturaleza, el importe, la clase, fechas de adquisición, vencimiento y la situación actual del crédito así como las pruebas que acrediten la situación de insolvencia de Construccions Balea, mencionadas anteriormente en el artículo 2.4 LC, tales como la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, o el alzamiento y la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por parte del mismo.

Aclara la ley, que se expresarán en la solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente, así como que la prueba testifical no será suficiente por sí sola, debiendo de ir acompañada de cualquier otra admitida en nuestro derecho, ya sea documental, pericial, confesión o prueba de presunciones.

Recordemos que la competencia para declarar y tramitar el concurso, tal y como establecía el artículo 10 de la LC, corresponde, como ya se ha mencionado, al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales, esto sería el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra. Sin embargo, dicho artículo continúa mencionando que en el caso de que el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél.

Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

Se cumplen, por tanto los requisitos para la presentación de ambas solicitudes de concurso, pues tanto la sociedad deudora como la acreedora, estaban legitimadas para la

⁶ Artículo 3.1 LC: Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley.

⁷ Artículo 8: Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil.

presentación de dichas solicitudes en el momento en el que las realizan en base a todo lo expuesto anteriormente.

3. ¿Qué juzgado es competente para conocer del concurso de la sociedad CONSTRUCCIONES BALEA, SA? Suponiendo que ambas solicitudes de concurso cumplieren con todos los requisitos de forma y de fondo, ¿qué juzgado debe conocer del asunto? ¿Qué calificación debe tener el concurso, voluntario o necesario?

I-INTRODUCCIÓN

Tal y como indica la Ley Concursal en su artículo 8, son competentes para conocer del concurso, los jueces de lo mercantil.

Los juzgados de lo mercantil, fueron creados mediante la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la Reforma Concursal, que introdujo los artículos 86 bis y 86 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En dichos preceptos se crean y se configuran estos nuevos juzgados especializados en materia mercantil, dentro de la jurisdicción civil, así como también se regulan sus competencias.

Estos juzgados se encuentran en todas las provincias, radicándose en su capital y extendiéndose su jurisdicción a toda la provincia.

Por otro lado, la jurisdicción del juez de lo mercantil en materia concursal es exclusiva y excluyente en una serie de materias tipificadas legalmente en el ya nombrado artículo 8 LC, que van más allá de lo que en un principio se pueden considerar acciones concursales propiamente dichas. Su jurisdicción ejerce una suerte de *vis attractiva* de otras materias relacionadas con la situación de insolvencia del deudor.

-En primer lugar, porque se extiende a las siguientes acciones tipificadas en el artículo 8 de la Ley Concursal:

1. Acciones civiles con trascendencia patrimonial.
2. Acciones sociales sobre la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en los que empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.
3. Toda ejecución contra el patrimonio del deudor.
4. Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado.
5. Asistencia jurídica gratuita.
6. Reclamación de deudas sociales contra los socios subsidiariamente responsables.
7. Acciones de responsabilidad contra los administradores, liquidadores o auditores.

-En segundo lugar, porque la jurisdicción se extiende a todas las cuestiones prejudiciales tanto civiles, como administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso, tal y como menciona el artículo 9 LC. Sin embargo, la reforma ha limitado los efectos al declarar que las decisiones no tendrán eficacia fuera del concurso (art.9.2 LC).

-Y, en tercer lugar, porque la jurisdicción a favor del juez donde el deudor tenga su principal centro de intereses, se expande en el ámbito internacional y territorial, provocando así una expansión universal, a la que hace referencia la LC en sus artículos

10, 11 y 12, al abarcar todos los bienes del deudor con independencia de donde se encuentren.

II-JUZGADO COMPETENTE Y CLASE DE CONCURSO.

Hay que partir de la base que en el caso, se realizan dos solicitudes de concurso. Una realizada por la propia sociedad Construccions Balea, y otra por uno de los acreedores de la misma, Págame, SL.

Estas dos solicitudes, conforman los dos tipos de concursos existentes, conocidos como concurso voluntario y concurso necesario.

La principal diferencia entre estos dos procedimientos concursales, radica en la legitimidad para solicitar cada uno de ellos, puesto que un concurso voluntario es aquel solicitado por el deudor, Constuccions Balea SA en este caso, mientras que el concurso necesario es el solicitado por el acreedor que se encuentra con el impago de un crédito de su titularidad, que sería el solicitado por Págame SL.

Por otro lado, se debe realizar una apreciación en cuanto al hecho objetivo, anteriormente explicado, que tiene que producirse para poder solicitar cualquiera de los dos procedimientos a los que nos estamos refiriendo. Partimos de que la solicitud de concurso de un deudor debe basarse en que dicho deudor se encuentra en insolvencia, (aquel estado en el que el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones exigibles de forma regular). Pero dicha insolvencia puede ser actual o inminente.

De este modo nos encontramos con una posibilidad que tiene el acreedor impagado de presentar o no esta solicitud, puesto que de cara al cobro de su crédito puede dirigirse por la vía ordinaria de reclamación de su crédito. Si bien el acreedor que presenta esta solicitud, consiguiendo un privilegio del 50% de su crédito, lo que busca es que una administración independiente (la administración concursal nombrada por el juez del concurso) se encargue de tomar las riendas del deudor, analizando por qué se ha producido dicha situación de insolvencia, dando un trato paritario a todos los acreedores personados en el procedimiento.

En cambio, la solicitud de concurso voluntario puede ser presentada por el deudor, bien basándose en la situación de insolvencia actual, al igual que la presentada por un acreedor, o en la situación de insolvencia inminente, en la que aun pudiendo no ser insolvente en el momento de presentación de la solicitud, prevé que no podrá hacer frente a sus obligaciones con los acreedores en un futuro a corto plazo.

A diferencia de la solicitud de concurso necesario que se configura como un derecho del acreedor impagado, la solicitud de concurso voluntario de aquel deudor insolvente, se configura como un deber. Un deber de aquel administrador que actuando como un diligente comerciante, analiza su situación económico-patrimonial y decide someterse a un procedimiento en el que se analizará, entre otras cosas, su comportamiento como administrador, y que en el caso de no someterse al mismo, y un acreedor impagado lo solicite, se verá salpicado por una presunción de culpabilidad.

Una vez declarado por el Juez el concurso del deudor, bien tras un trámite de audiencia al mismo como consecuencia de una solicitud de un acreedor, o bien inmediatamente al ser presentada por el deudor, nombrará a una administración concursal encargada de las

riendas del procedimiento y de velar por el trato paritario a los diversos acreedores. Para ello le encomendará unas funciones que en función del tipo de procedimiento serán únicamente de intervención (concurso voluntario) o de sustitución (concurso necesario) de las facultades de administración del patrimonio del deudor.

Naturalmente, la mayoría de los administradores preferirá seguir manteniendo sus facultades de administración y dirección de su entidad. Lo anterior unido a que la solicitud de concurso voluntario puede ser presentada en casos de insolvencia inminente, en los que la empresa mantiene en su patrimonio una mayor cantidad de activos, podrá conseguir que los acreedores se encuentren incentivados a una solución de convenio con los mismos, ya que en el caso de solicitud del concurso por parte de un acreedor, el deudor no podrá presentar propuesta anticipada de convenio. Todo ello, conllevará que el concurso pueda evitar el cierre definitivo de la sociedad concursada, asegurando una posible continuidad de la misma.

Además la solicitud de concurso voluntario por parte del deudor, a la hora de entrar a valorar la posibilidad de calificación de dicho procedimiento como culpable, parte de la conducta diligente del administrador que ha cumplido con su obligación de someterse al procedimiento. Todo ello unido a que cuente con unos asesores en el procedimiento que le acompañen durante la tramitación del mismo, conllevará que el administrador se encuentre tranquilo, de que su patrimonio personal se verá protegido, puesto que para ello en su día constituyó una actividad para ejercer su actividad.

En cuanto a la solicitud presentada por don Miguel, en nombre de Construccions Balea SA, es competente para conocer de la misma, el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, pues tal y como establece el artículo 8 de la LC, son competentes para conocer del concurso los jueces de lo Mercantil. En cuanto a la competencia territorial, recordar que es en Cambados (Pontevedra) en donde se situaban las oficinas de la empresa, al ser la zona en la que la sociedad tenía un mayor volumen de negocio, y tal y como indica el artículo 10 de la LC, *“la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales”*, entendiéndose éste como el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. Para entender competentes a los juzgados de una provincia diferente a la del domicilio registral, como sucede en el caso, es preciso que conste debidamente acreditada la discordancia con el efectivo centro de intereses principales, lo que incluso ha de ser apreciado de oficio, dado que el artículo 10.4 LC, impone al juez el deber de analizar de oficio⁸ su propia competencia⁹.

Recordemos que la competencia para declarar y tramitar el concurso, tal y como establecía el artículo 10 de la LC, corresponde, al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales, esto sería el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra. Sin embargo, dicho artículo continúa mencionando que en el caso de que el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél.

⁸Artículo 10.4 LC: El juez examinará de oficio su competencia y determinará si ésta se basa en el apartado 1 o en el apartado 3 de este artículo.

⁹PASTOR GARCÍA, D./ PRENDES FIGUEIRAS, L. “Practicum Concursal” p.94

Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses.

En caso de discordancia entre domicilio registral y el domicilio real, prevé el artículo 10 LC la posibilidad de que los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos, por lo que Págame SL, como sociedad acreedora solicitante del concurso puede presentar la solicitud del mismo tanto en el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, al tener la sociedad deudora su principal centro de actividad en la localidad pontevedresa de Cambados, o en el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, pues es en la ciudad herculina en donde Construccions Balea tiene fijado su domicilio social.

Por lo tanto surge la duda de qué juzgado debe de conocer el asunto y que concurso tendrá preferencia, cuestión a la cuál contesta el apartado segundo del artículo 10 de la LC, al establecer que “si se hubieran presentado solicitudes de declaración del concurso ante dos o más juzgados competentes, será preferente aquel ante el que se hubiera presentado la primera solicitud.” Recordemos que la solicitud presentada por Construccions Balea SA, se realiza el día 22 de diciembre del año 2014, y la presentada por Págame SL, tiene lugar dos días antes de la fecha en la que el juzgado de lo Mercantil de Pontevedra emite el auto en el que declara la admisión a trámite de dicha solicitud, esto es el 23 de diciembre de 2014, por lo que la presentación de la misma se da el día 21 de diciembre del mismo año.

En base a esto, tendrá carácter preferente el concurso solicitado por Págame SL, teniendo la calificación de necesario, tal y como establece el artículo 22 LC, al estar solicitado por una sociedad acreedora de Construccions Balea, SA.

Así en función de quien ha solicitado el concurso, el mismo tendrá la consideración de voluntario o necesario tal y como establece el artículo 22 LC:

“1. El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario. A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado.”

4. Si se forma la sección de calificación del concurso, y atendiendo a los hechos relatados en el caso, ¿cuál cree que será la calificación del concurso, fortuito o culpable? Justifíquelo.

I-INTRODUCCIÓN

Generalmente, el procedimiento concursal común se divide en seis fases o secciones, (incluso más si fuese conveniente), ordenándose dichas actuaciones en seis piezas diferentes:

- 1ª. Comprende la declaración del concurso, la resolución final de la fase común así como, ocasionalmente, la reapertura del mismo.
- 2ª. Administración del concurso.
- 3ª. Masa activa, pago de acreedores y deudas de la masa.
- 4ª. Determinación de la masa pasiva, reconocimiento de los créditos así como la graduación de los mismos, pudiéndose incluir la figura de los juicios acumulados.
- 5ª. Liquidación del concurso o convenio entre el deudor y sus acreedores.
- 6ª. Calificación del concurso.

La calificación del concurso es una operación eventual del procedimiento que se inicia con la formación de la sección sexta, ordenándose “*en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias*”, tal y como establece el artículo 167.1 LC. Esta acción está destinada a averiguar las causas por las que se ha motivado la declaración del concurso en cuestión, sancionando civilmente todo tipo de conducta del concursado, de sus representantes legales, de sus apoderados generales, de sus administradores o liquidadores así como de terceros que hubieran provocado o agravado el estado de insolvencia que determina la declaración de propio concurso.

La calificación del mismo sólo tiene efectos civiles, hasta el punto de que se declara legalmente su independencia de las actuaciones penales que procedan por actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito, a tenor de lo establecido en el artículo 167.2 LC.

Hacíamos antes, mención al carácter eventual de esta sección, al no ser siempre necesaria u obligatoria la formación de la misma, dependiendo de la solución que se alcance en el concurso. Mientras que en caso de apertura de la fase de liquidación el concurso deberá ser necesariamente calificado, en caso de convenio entre las partes no será siempre necesario.

La sección de calificación, se abrirá si se diese alguno de los dos presupuestos que establece el artículo 167.1 LC:

- 1º. Cuando el convenio fije para todos los acreedores, o para los de una o varias clases, una quita superior al tercio del importe total de los créditos o una espera superior a tres años (convenio no especialmente gravoso).
- 2º. En todos los supuestos en los que se produzca una apertura de la liquidación, incluido el incumplimiento del convenio.

Así, cuando proceda la formación de la sección de calificación, se llevará a cabo el correspondiente procedimiento, regulado en los artículos 167 y ss. LC, que culminará con la calificación del concurso de acreedores como fortuito o como culpable.

II-TIPOS DE CONCURSO

Como hemos indicado, el concurso se calificará como culpable o fortuito, sin embargo, la ley se limitará a establecer cuando deberá de calificarse como culpable, atendiendo a dos tipos de circunstancias:

-En primer lugar, podrá el juez declarar el concurso como culpable, cuando estime que ha existido dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia, por parte del deudor o de sus representantes legales si los tuviere, así como en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y derecho, apoderados generales así como de aquellos que hubieran tenido cualquiera de esas condiciones en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, tal y como regula el artículo 164.1 LC¹⁰.

-En segundo lugar el juez, estará obligado aquí, a declarar el concurso como culpable si se producen alguno de los hechos tipificados legalmente en el apartado 2 del ya mencionado artículo 164:

1º. Incumplimiento grave de la obligación de llevar la contabilidad.

2º. Incumplimiento grave de la obligación de informar al juez durante el concurso, cometiendo inexactitudes graves en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud.

3º. Incumplimiento culpable del convenio motivando así la apertura de la liquidación.

4º. Comisión de actos perjudiciales al patrimonio, como el alzamiento total o parcial de sus bienes en perjuicio de sus acreedores, la realización de cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo, las salidas fraudulentas de bienes o derechos del patrimonio del deudor durante los dos años anteriores a la declaración del concurso así como cualquier tipo de acción dirigida a simular una situación patrimonial ficticia.

Por otro lado, junto a estos supuestos ya indicados, la Ley Concursal, contempla una serie de presunciones *iuris tantum*, por las que el concurso será considerado como culpable, salvo prueba en contrario, si se hubieran incumplido una serie de obligaciones que pesan sobre el deudor o en su caso sobre sus representantes legales, administradores o liquidadores.

¹⁰Artículo 164.1 LC: El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2.

Así, tal y como establece el artículo 165 LC¹¹, el concurso se presumirá culpable cuando alguna de las figuras anteriormente mencionadas:

1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

3.º Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Además, se sancionará igualmente a todos aquellos que cooperen con las personas afectadas. Tendrán de este modo la consideración de cómplices, quienes con dolo o culpa grave, hubiesen cooperado con la realización de cualquier acto por el que se haya fundado la calificación de concurso como culpable (art.166 LC).

III- CONCLUSIÓN

Con base a todo esto, vemos como en el caso, se reproducen alguno de los hechos ahí expuestos.

Don Miguel, cumple con el mandato legal impuesto a los liquidadores realizando el inventario¹² así como iniciando el proceso de enajenación¹³ de los mismos tal y como prevé la LSC.

Sin embargo, la agilización vertida en esa actividad de enajenación hace prever la existencia de un delito de alzamiento de bienes que explicaremos más adelante, pues recordemos que los dos primeros lotes de bienes, enajenados el día 2 de octubre de 2014, son vendidos por un 20% y un 25% de su valor contable, muy por debajo de su valor real.

Artículo 164.2.4º LC:

“Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”.

¹¹ STS 994/2011 de 16 enero (sala de lo civil) . FD 9º: “en la sentencia de 614/2011, de 17 de noviembre , que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164 - apartados 1 y 2 -, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1.

¹² Artículo 383 LSC: Deber inicial de los liquidadores:

En el plazo de tres meses a contar desde la apertura de la liquidación, los liquidadores formularán un inventario y un balance de la sociedad con referencia al día en que se hubiera disuelto.

¹³ Artículo 387 LSC: Deber de enajenación de bienes sociales.

Los liquidadores deberán enajenar los bienes sociales.

El delito de alzamiento de bienes es un delito consistente en que un deudor oculte o se deshaga de parte o el total de su patrimonio para que su acreedor encuentre dificultades y no pueda satisfacer su derecho, es decir, aquella conducta que realiza un deudor en virtud de la cual disminuye o anula su patrimonio con el fin de frustrar las expectativas de derecho del acreedor a cobrar su deuda. La finalidad de la persona que realiza el alzamiento de bienes es salvar su patrimonio obstaculizando de este modo la ejecución que podrían seguir los acreedores.

Normalmente además, este tipo de negocios se realiza con amigos o familiares ya que la verdadera intención del deudor no es desprenderse del bien, sino evitar su embargo por el acreedor, por lo que tiene muchas conexiones con el delito de estafa.

Este supuesto delito de alzamiento de bienes que provoca una causa de constitución del concurso como culpable, conecta con otra de las presunciones a las que alude la ley para determinar la culpabilidad¹⁴ del propio concurso. Con base a esto, no se cumple con el deber de solicitar concurso cuando conoce el deudor, en la figura de don Miguel, la situación de insolvencia que afecta a la sociedad Construcciones Balea.

En el momento de la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad, el día 7 de abril de 2014, la sociedad se encuentra al corriente de pago de todas sus obligaciones, a pesar de las importantes pérdidas que la misma venía arrastrando. La sociedad se disuelve, como ya se ha visto, por acuerdo de la Junta General el día 19 de mayo de 2014, momento en el que creemos que don Miguel era perfecto conocedor de la situación real de la sociedad, pudiendo suponer que la misma no sería capaz de hacer frente a los pagos regulares, estando ante un caso de insolvencia, sino actual, inminente. Recordemos que la disolución se acuerda con los votos favorables de todos los socios presentes en la junta, lo que hace indicar la voluntad del propio don Miguel de disolver la sociedad y suponer más todavía si cabe su perfecto conocimiento de la precaria situación de la empresa, por lo que en virtud de lo establecido en el artículo 5.1 LC¹⁵, don Miguel debería de haber solicitado el concurso antes del día 19 de julio de ese mismo año, dentro de los dos meses¹⁶ siguientes al conocimiento de la situación de insolvencia a los que alude el citado artículo 5 LC y no realiza tal solicitud como ya hemos visto, hasta el día 22 de diciembre de 2014, una vez que la Agencia Tributaria ya había procedido al embargo de la cuenta corriente de la sociedad. (Art.165.1.1º LC.)

Por otro lado no se lleva a cabo por parte del mismo, una correcta llevanza de las cuentas anuales al no representar la imagen fiel de la sociedad durante los años 2007, 2008 y 2009, no recogiendo ciertos cobros a clientes, con el doble objetivo de reducir la cuantía que debía ser pagada a la Agencia Tributaria en concepto de Impuesto de Sociedades y desviar el dinero no declarado a una cuenta personal de la que el mismo era el titular (cuantías defraudadas de 150.000, 100.000 y 45.000 € respectivamente en los años anteriormente citados).

ART.164.2 LC:

¹⁴SAP de Barcelona 180/2015 de 9 julio (Sección 15ª). Calificación culpable: procedencia: concurrencia de la causas legales de culpabilidad «ex» art. 164. 2-1 º, 164.2-4 º, 164.2-5º, y 165-1 y 2 LC

¹⁵ Artículo 5 LC: Deber de solicitar la declaración de concurso.

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

¹⁶ SAP de Pontevedra 653/2011 de 22 de diciembre (Sección 1ª) FD 4º y SAP de Barcelona 180/2015 de 9 de julio (Sección 15ª) FD 1º, con referencia al deber de solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes al conocimiento de la insolvencia.

En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.”

5. Analice las posibles responsabilidades civiles, tanto concursales como extraconcursoales, derivadas de los hechos descritos en el caso.

I- INTRODUCCIÓN

Responsabilidad es imputación. Con carácter general, puede afirmarse que un sujeto es responsable cuando incumple un deber, una obligación así como cuando causa un daño, siempre y cuando, dicho incumplimiento o daño le sea imputable. Tal y como establece el artículo 1089 CC, *“las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”*

Existen dos tipos de responsabilidad civil en función de donde resida el deber de realizar por el sujeto:

-Responsabilidad contractual: Tiene lugar cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular, como por ejemplo un contrato, teniendo en éstas especial importancia la clasificación de las obligaciones como de resultado o de medio, en función de la finalidad que tenga la acción. Las primeras obligan a la realización del deber de hacer o no hacer y las segundas sólo obligan al deudor a actuar con prudencia y diligencia.

-Responsabilidad extracontractual: Este tipo de responsabilidad surge cuando el daño, agravio o el perjuicio causado no tiene su origen en una relación contractual, sino en cualquier otro tipo de actividad. Así, cuando la norma jurídica violada es una ley (en sentido amplio), se habla de responsabilidad extracontractual, la cual a su vez puede ser o bien delictual o penal, si el daño causado fue debido a una acción tipificada como delito, o cuasi-delictual o no dolosa si el perjuicio se originó en una falta involuntaria.

Es decir, la responsabilidad extracontractual, puede definirse como aquella que existe cuando un sujeto causa un daño a otra persona respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido.

El incumplimiento de esa obligación a la que anteriormente hacíamos referencia, ya venga ordenado por una ley o por un contrato, será el presupuesto de la responsabilidad, siendo necesario también que ese incumplimiento le sea atribuible al obligado en virtud de un título de imputación, que a su vez debe de estar sancionado por una norma jurídica. Es decir, si el deudor es responsable, lo es por la existencia de una norma que le imputa el incumplimiento y que le obliga a pagar o a restituir lo obtenido como contraprestación, así como a realizar una indemnización por daños y perjuicios derivados del mencionado incumplimiento.

Con base a esto, en los últimos años se ha tendido a contextualizar, de una manera abstracta, que los presupuestos de la responsabilidad civil son:

-Existencia de un daño.

-Atribución de ese daño a un determinado sujeto en virtud de un adecuado título de imputación y se sustentará en el dolo y culpa del causante, así como en circunstancias como su relación con diversas personas o cosas, titularidades de bienes o ejercicios de determinadas actividades, entre otras.

Así tal y como se prevé en el artículo 1.101 CC, “*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.*”

La principal función de este sistema de responsabilidad civil, es proporcionar medios jurídicos necesarios a quien sufre un daño, para poder así obtener una reparación/compensación de los mismos¹⁷.

II- RESPONSABILIDAD EN PERSONAS JURIDICAS

El TS admitió ya de antiguo la aplicabilidad del artículo 1.902 CC¹⁸ todo tipo de personas, ya fuesen físicas o jurídicas (SSTS 29 mayo de 1915, 29 de septiembre de 1964 [RJ 1964, 4097] y 3 de julio de 1968 [RJ 1968, 3610]). En bastantes sentencias la responsabilidad de la persona jurídica conforme al citado precepto se hace derivar *de la apreciación de negligencia por parte de uno de sus órganos*.¹⁹

La persona jurídica, responderá con su propio patrimonio tanto cuando ha actuado a través de sus órganos como cuando los daños se ocasionen por actos de sus dependientes. Al mismo tiempo, cada vez se impone con más fuerza la necesidad de establecer la responsabilidad personal de los miembros de los órganos de las persona jurídicas, es decir, la responsabilidad de las personas físicas que representan y que hayan sido causantes materiales de los daños. La responsabilidad de los administradores como órgano de representación de las sociedades, por los daños causados al interés social de las mismas, suele contemplarse como una responsabilidad profesional, derivada de una negligente administración, y consecuencia de la atribución de los poderes de los poderes de gestión al administrador, siendo ésta proporcional (a mayor poder, mayor responsabilidad).

III-RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

A lo largo de los años, doctrinalmente se limitaba la actividad de la administración a la esfera interna de la sociedad, separada de la actividad externa o de representación. Sin embargo, hoy en día, la administración de la sociedad comprende todas las actividades necesarias para el logro del fin social, tanto internamente en lo referente a asuntos de gestión cotidiana, como en el ámbito externo haciendo referencia a las relaciones de la sociedad con terceros.

Tal y como es evidente, esas actividades no pueden ser llevadas a cabo por la sociedad misma, de ahí la necesidad de que sean realizadas por parte de los administradores.

Con base a esto, la responsabilidad civil de los administradores en las sociedades de capital se presenta, como ya hemos visto, como un supuesto de responsabilidad en la gestión y se afirma como un deber de diligencia de los administradores, dirigido a

¹⁷ BUSTO LAGO, J.M/ REGLERO CAMPOS, L.F, “Lecciones de Responsabilidad Civil” pp.42,43.

¹⁸ Artículo 1902 CC: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

¹⁹ BUSTO LAGO, J.M/ REGLERO CAMPOS, L.F, “Lecciones de Responsabilidad Civil” p.150.

proteger la integridad del patrimonio social²⁰. La jurisprudencia insiste en que para el ejercicio de la acción social, es imprescindible que el patrimonio de la sociedad haya sufrido un perjuicio como consecuencia de la actuación del administrador, sin que baste el incumplimiento del administrador de ciertos deberes de los que no derive un daño patrimonial.²¹

Esta responsabilidad por los daños causados al patrimonio social, está regulada en lo que la ley llama “acción social” 238.1 LSC, en función de la que se legitima a la sociedad, a los socios así como a los acreedores de la misma a reclamar ese deber de los administradores.

La doctrina califica a la responsabilidad del administrador, en primer lugar de *orgánica*, en el sentido de que deriva del incumplimiento de las funciones inherentes al cargo de administrador, y en segundo lugar de *personal*, en el sentido de que la responsabilidad se imputa a las personas que ejercen el cargo de administradores, no al órgano.

Del mismo modo, la ley también imputa a los administradores, a través de lo estipulado en el artículo 236 LSC, la responsabilidad por los daños que causen “por actos u omisiones contrarios a la ley o los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo²²”.

IV- RESPONSABILIDADES EXTRACONCURSALES

En el caso vemos como don Miguel, en nombre de la sociedad, realiza acciones que perjudican ese interés social al que antes hacíamos referencia. Así, en función de lo establecido en el artículo 236.1 LSC²³, don Miguel responderá por los daños causados a la sociedad.

En primer lugar, las cuentas durante los ejercicios de 2007, 2008 y 2009 no reflejaban la imagen fiel de la sociedad, existiendo perjuicio en el patrimonio social pues recordemos que el administrador en el caso, tenía el doble objetivo de reducir la cuantía a pagar en concepto de Impuesto de Sociedades a la Agencia Tributaria así como desviar dinero a una cuenta personal a su nombre.

Con este hecho don Miguel, vulnera el artículo 254.2, al no mostrar, las cuentas anuales en los años anteriormente fijados, la imagen fiel del patrimonio, de la situación

²⁰ Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid 323/2014 de 29 mayo. Responsabilidad individual de los administradores de una sociedad.

²¹ STS de 19 de diciembre de 2011, sala 1ª: No procede responsabilidad por inexactitud en la contabilidad social que no refleja la imagen fiel de la sociedad pero que carecen de repercusión en el patrimonio social, que permanece inmutable, esté bien o mal reflejado.

²² Arts. 225-232 LSC: Deberes de los administradores.

²³ Artículo 236 LSC: Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad.

1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

financiera y de los resultados de la sociedad²⁴. Del mismo modo, con esto vulnera varias de las obligaciones de los administradores, que la LSC regula en sus artículos 225 y ss, como el deber general de diligencia o el deber de lealtad (arts.225 y 227 LSC respectivamente).

Estamos por tanto ante un supuesto delito por administración desleal regulado en el artículo 252.1 del CP, que establece lo siguiente: *“serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.”*

Por otro lado, una vez que se ha acordado la disolución de la sociedad por acuerdo de la Junta General, así como se ha producido el nombramiento de don Miguel como liquidador, el mismo realiza las funciones impuestas a los liquidadores en estos casos.²⁵

Sin embargo, don Miguel trata de agilizar la enajenación de los bienes todo lo posible debido a la necesidad que éste tiene para obtener el dinero cuanto antes para poder emprender otros negocios. El liquidador vende, como ya hemos visto, los dos primeros lotes de bienes por unas cantidades de 20.000€ y 45.000€ respectivamente, alegando que se trata de una maquinaria de carácter específico y la situación de crisis económica que vive el mercado. Aun así la operación se lleva a cabo realizándose la venta muy por debajo del valor real de los bienes (por apenas un 20% y un 25% de su valor contable respectivamente). Esta acción, que en la práctica veremos como constituye un delito de alzamiento de bienes, perjudica el derecho de los acreedores a cobrar su deuda, pues se entiende que don Miguel ha vendido los bienes muy por debajo de su valor contable con el fin de evitar que los acreedores ejerciesen su derecho a cobrar la deuda, existiendo una responsabilidad civil extracontractual por daños y perjuicios. Además, ante la situación de insolvencia que sufre la sociedad deudora, don Miguel tiene el deber de solicitar el concurso como administrador/liquidador de la sociedad y en lugar de ello continúa con las acciones correspondientes a la liquidación, aun sabiendo que el transcurso de la misma puede ser perjudicial para los intereses, tanto de Construcciones Balea en sí, como de sus socios y sus acreedores.

IV.I- ACCIÓN SOCIAL

El sistema legal español de responsabilidad de los administradores se encuentra dispuesto sobre la base de un doble criterio. Por un lado, tenemos la responsabilidad por daños causados al patrimonio de la sociedad que puede ser exigible por la propia mercantil (acción social) y por otro lado existe la responsabilidad por daños causados directamente en el patrimonio de socios o de terceros, responsabilidad que será exigible a través de la acción individual. La consecuencia de esta distinción es que en el supuesto de la acción social de responsabilidad, la indemnización o la compensación que se consiga, se incorporará en el patrimonio social de la sociedad, mientras que en el caso de la acción individual, el montante económico logrado irá a parar en el patrimonio del particular socio o acreedor demandante.

²⁴ Artículo 254.2 LSC: Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta ley y con lo previsto en el Código de Comercio.

²⁵ Arts. 383-390 LSC.

Por tanto, la acción social se dirige a proteger y defender el patrimonio de la sociedad frente a los daños o lesiones que los actos u omisiones ilegales, antiestatutarios o incumplidores de los deberes de los administradores hayan provocado directamente sobre el mismo (artículo 236.1 LSC).

Ante estos hechos la sociedad, previo acuerdo de la Junta General, podrá entablar la ya mencionada acción social de responsabilidad contra don Miguel, pudiendo ésta ser adoptada a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día, tal y como establece el artículo 238.1 LSC: *“La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.”*

Del mismo modo, podrán entablar dicha acción:

- Los socios, siempre en defensa del interés social, que posean individualmente o de manera conjunta una participación que les permita solicitar la convocatoria de Junta General (5% en virtud del art.) en función de lo establecido en el art.239.1 LSC: *“el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.”*
- Los acreedores de la sociedad, con base al artículo 240: *“los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.”*

Además, los socios y terceros a los que los actos de los administradores hayan lesionado sus intereses, tendrán derecho a entablar acciones de indemnización de manera individual tal y como regula la LSC en su artículo 241.

V- RESPONSABILIDADES CONCURSALES.

Sin embargo, tras la declaración del concurso, las vías para acceder a esta acción social de responsabilidad varían. El artículo 48 quáter de la LC, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora, estableciendo que *“declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores”*.

Esto tiene su base en las funciones inherentes a todo administrador concursal. La LC, establece en su artículo 33.1 diversos ámbitos en los que los nuevos administradores deberán de actuar en los términos establecidos en la mencionada Ley. Con base a esto, entre sus obligaciones procesales, deberán de ejercer la acción contra todo socio personalmente responsable por las deudas anteriores a la declaración del concurso, así como las acciones, ya vistas, de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra la figura de sus administradores, auditores o liquidadores.²⁶

Dicha función será ahora, de carácter exclusivo por parte de la administración concursal quedando del mismo modo eliminada la legitimación subsidiaria de los socios minoritarios regulada en el art.239 LSC como a sus socios y acreedores a los que antes hemos hecho alusión.

Por otro lado, la declaración del concurso tiene efectos en los contratos existentes en el supuesto como veremos más adelante. Dentro de estas actuaciones de naturaleza concursal, surgen las denominadas responsabilidades contractuales de los contratos en cuestión.

La cuestión de la responsabilidad contractual derivada de incumplimiento viene recogida en nuestro Código en los artículos 1.101 y siguientes. Dice el precepto primeramente citado, que *“quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla”*. Tal disposición debe relacionarse con el artículo 1.256 que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y con el artículo 1.258 del mismo texto legal que prescribe que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. La relación de dichos preceptos supone que las partes contratantes deberán cumplir con lo estipulado en el contrato y el incumplimiento del mismo, ya sea por dolo, ya sea por culpa conllevará la indemnización de daños y perjuicios, y que no es preciso que exista dolo o exista engaño o mala fe en el cumplimiento del contrato para quedar sujeto a responsabilidad, pues basta que de forma culposa se haya incumplido el contrato y que no derive de un caso fortuito o de fuerza mayor, para que exista la obligación de indemnizar.

La esencia de la culpa está en la falta de diligencia y previsión que se supone en el autor del acto que deriva en un incumplimiento de sus obligaciones y genera una obligación de indemnizar. La culpa contractual consiste en la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación.

²⁶ Artículo 33 LC: Funciones de la administración concursal.

1. Son funciones de los administradores concursales, en los términos previstos en esta Ley, las siguientes:

a) De carácter procesal:

1º Ejercer la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas anteriores a la declaración de concurso.

2º Ejercer las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.

6. Analice las posibles responsabilidades penales derivadas de los hechos descritos en el caso.

I-INTRODUCCIÓN

Tal y como establece el artículo 10 del Código Penal, son delitos “*las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”. En función de esto, la realización de una o varias de esas acciones conllevará la consiguiente responsabilidad penal.

Hemos visto como a través de la responsabilidad civil, se busca resarcir al titular del bien jurídico lesionado, ofreciéndole una compensación económica por el daño que el hecho delictivo le provocó, pudiendo ésta ser contractual o extracontractual. Sin embargo, la responsabilidad penal no busca resarcir o compensar a la víctima del delito, sino más bien, una vez concretada en una pena que se impone al sujeto que ha delinquido, se orienta a la resocialización del mismo procurando que éste no vuelva a cometer ese hecho delictivo u otro diferente en el futuro.

Podemos definir la responsabilidad penal como el deber jurídico que se impone a un individuo imputable de responder de su acción antijurídica prevista en el Código Penal como delito, de la que es culpable, debiendo sufrir sus consecuencias jurídicas. Es decir, es la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un hecho tipificado en una ley penal por un sujeto imputable, siempre que dicho hecho sea contrario al orden jurídico, además de punible. La responsabilidad penal se concreta en la imposición de una pena, que bien puede ser de privativa de libertad (como la pena de prisión o la localización permanente), privativa de otros derechos (como el derecho a portar armas, el derecho a conducir vehículos a motor, el derecho a residir en un lugar determinado, etc.), pudiendo también consistir dicha pena en una multa pecuniaria en referencia a lo establecido en el artículo 32 CP.²⁷

II- NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

A raíz de esa definición, surgen una serie de requisitos que se deben de dar para el nacimiento de esa responsabilidad penal, estableciendo el Código una serie de excepciones de los mismos, que en caso de darse no producirían el nacimiento de la mencionada responsabilidad, formando las causas de exención de la misma. La responsabilidad penal quedaría así, excluida por el juego de determinadas circunstancias que de concurrir, conllevan la no imposición de una pena al individuo.²⁸

Los requisitos necesarios para el nacimiento de la mencionada responsabilidad son cuatro:

- **Imputabilidad:** La imputabilidad es un requisito previo a la acción y podemos definirlo como la aptitud de poder cometer un delito y soportar su consecuencia. Para ello el individuo tiene que tener inteligencia y voluntad como para que, abstractamente y potencialmente, le sea atribuida una conducta que pueda realizar. Precisa, pues, capacidad para comprender lo injusto del hecho y capacidad de dirigir su comportamiento y acción conforme a dicha comprensión.

²⁷ Artículo 32 CP: Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa

²⁸ Eximentes de responsabilidad reguladas en los artículos 19 y 20 CP.

En un aspecto negativo el sujeto sería inimputable cuando concurren causas que enerven esas capacidades, como es el caso de tener alterada la percepción desde el nacimiento o la infancia alterando gravemente la conciencia de la realidad, estar enajenado, o padecer un trastorno mental transitorio. En el artículo 20 CP, están previstas tanto estas causas que eliminan la imputabilidad como las causas que eximen la responsabilidad criminal en los apartados 1º, 2º y 3º.

- **Tipicidad:** Una vez presupuesta la imputabilidad, es necesario que el sujeto realice una acción, es decir, que se lleve a cabo un comportamiento activo o una conducta guiada por la voluntad que produce una determinada consecuencia, u omita un hacer esperado. Será necesario que esa acción u omisión esté prevista en el Código Penal como delito o falta, es decir, que sea típica. Por otro lado se excluye de la acción lo que en el CP anterior al actual de 1995 se conocía como la eximente de “fuerza irresistible”, y que hoy tiene su encuadre en la exigencia de acción u omisión que el artículo 10 del CP prevé para que haya responsabilidad penal, que faltaría si alguien es presa de esa fuerza irresistible, a la que habría que equiparar los supuestos de falta de conciencia o de control cerebral. También excluiría el tipo el caso fortuito, es decir aquel suceso en el que no existe actuación dolosa o imprudente del sujeto, no pudiendo responderse penalmente si no hay dolo o imprudencia, tal como establece el CP en su artículo 5.
- **Antijuridicidad:** Que la acción u omisión sea antijurídica significa que hay una oposición entre estas y la convivencia social, pues esa determinada acción u omisión es dañosa para la sociedad en su conjunto. Por otro lado en su vertiente negativa, no existirá antijuridicidad cuando la acción estuviese justificada, estando ausente el injusto en lo realizado. El Código Penal prevé como causas que excluyen dicha antijuridicidad, el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo, u obrar en el cumplimiento de un deber y el estado de necesidad (cuando el bien sacrificado para salvar otro sea de inferior valor al salvado) en sus respectivos apartados 4º, 5º y 7º del artículo 20 CP.
- **Culpabilidad:** Una vez que un individuo tenga la consideración imputable, es necesario también que sea culpable. Cabe diferenciar aquí la figura de inimputable antes vista y la de inculpable. Mientras que el inimputable es psicológicamente incapaz, el inculpable es aquel que siendo plenamente capaz, en el caso concreto no se le puede reprochar su acción u omisión, ya sea por haber incurrido en un error o porque ante esa concreta situación planteada no se le puede exigir otro modo u otra vía de actuación. Dicho principio está regulado por el CP, en su aspecto positivo, en el artículo 5, estableciendo que no hay pena sin dolo o imprudencia. Por otro lado, su vertiente negativa está prevista en las causas de inculpabilidad, como el error regulado en el artículo 14 del Código Penal, la minoría de edad penal prevista en el artículo 19 del Código Penal,²⁹ o causas de exculpación como el miedo insuperable previsto en el artículo 20.6º CP, así como el estado de necesidad del apartado 5º de ese mismo precepto cuando los bienes en comparación tengan el mismo valor.

²⁹ Sin perjuicio de quedar sometido a otra responsabilidad que es la derivada de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores.

III-EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL:

El CP, del mismo modo que regula los requisitos tanto para nacimiento como para la exención de la responsabilidad penal, prevé las causas de extinción de la misma, así como la de la responsabilidad criminal (extingue la posibilidad de la pena e incluso de cualquier otra consecuencia criminal como son las medidas de seguridad), que se diferencian de las anteriores, por tanto, en que en este caso la responsabilidad criminal ha nacido, pero por una serie de causas, basadas en razones de personalidad de la pena (muerte del reo), en razones de limitación de las consecuencias del delito y de reinserción social (cumplimiento de la pena o remisión definitiva de la pena), de equidad (indulto), de falta de interés público (perdón del ofendido), o de seguridad jurídica (prescripción de la infracción o de la pena), la responsabilidad criminal termina y no puede ser exigida.

Estas causas están previstas en el artículo 130 del Código Penal, concretamente en su apartado primero que establece lo siguiente:

Artículo 130 CP.

1. La responsabilidad criminal se extingue:

1º La muerte del reo.

2º El cumplimiento de la condena.

3º La remisión definitiva de la pena, una vez transcurrido el plazo de suspensión de la ejecución sin haber delinquido de nuevo (véase “Remisión condicional de las penas”).

4º El indulto.

5º El perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

6º La prescripción del delito.

7º La prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

Sin embargo la realización de la actividad delictiva muy raramente tiene efectos permanentes, es decir que el paso del tiempo produce la prescripción de la misma. Para

ello el Código Penal establece en sus artículos 131 y siguientes, los plazos de prescripción que tendrán los delitos en función de sus correspondientes penas.

Artículo 131

1. Los delitos prescriben:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez.

A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.

2. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

3. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona.

4. En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.

IV- RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

Históricamente se ha entendido que una persona jurídica no puede ser responsable penalmente, en tanto en cuanto no puede cometer delitos por sí misma (y hay muchas penas que no puede cumplir). Este principio está reflejado en la expresión latina: "*societas delinquere non potest*".

Sin embargo, existirían algunos delitos que pueden ser cometidos desde una persona jurídica y que incluso pueden realizarse únicamente en beneficio de la misma (estafa, apropiación indebida, delitos fiscales, etc.). En esos casos, se ha entendido que el responsable penal sería la persona física que toma las decisiones, es decir el administrador.

El código penal español opta por castigar a las personas físicas individuales que se encuentran tras la persona jurídica, entendiendo que son estas las que realmente pueden cometer o cometen delitos. Ello no obsta para que se apliquen medidas sancionadoras de carácter civil o administrativo a la propia persona jurídica como tal.

Sin embargo el código penal español prevé también sanciones contra la persona jurídica a cuyo amparo se cometen actos delictivos, ejemplo de ello son los art 129 o 370 de propio código cuyas sanciones son definidas como consecuencias accesorias, admitiendo de alguna forma una posible responsabilidad penal de las personas jurídicas como tales.

Debido a que algunos delitos requieren de la existencia de determinadas cualidades personales, no es posible castigar directamente a las personas físicas que actúan en nombre de las personas jurídicas, ya que esas condiciones se pueden dar en la misma persona jurídica y no en las personas físicas (la condición de deudor por ejemplo).

Para evitar la posibilidad de esta laguna, en cuanto a punibilidad, el código penal español opta por una doble vía:

- Castigar directamente en los tipos delictivos que se den a las personas físicas que actúen en nombre de la persona jurídica (administradores, gerentes) como ocurre con el art 318 CP.
- Establecer una regla general que permita castigar en todos los casos en que concurren estos problemas, como es el caso del art 31.1 CP: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Esta regla es válida no solo en los casos de actuación en nombre de una persona jurídica, sino también para casos de actuación en nombre de otra persona física (menores, incapacitados).

V- RESPONSABILIDADES PENALES EN EL CASO

En el caso vemos reflejadas conductas que el Código tipifica como delitos y que con base a lo anteriormente expuesto generan responsabilidades penales a los sujetos que realizan o llevan a cabo tales actividades, a las que se les imputa sus correspondientes penas.

Don Miguel, como administrador de Construcciones Balea SA, convoca junta general para el día 19 de mayo del año 2014, indicando a una de las socias, doña Yaiza, una hora de reunión errónea, con la intención de que la misma no asistiese a la reunión con el fin de que ésta tenía de votar en contra de su designación como liquidador de la sociedad. Doña Yaiza, como ya se ha dicho irrumpe en la reunión visiblemente enfadada y comienza una discusión con don Miguel hasta el punto que éste la golpea en la cabeza.

Estamos ante un delito de lesiones regulado en el artículo 147 del Código Penal, que establece en su apartado primero lo siguiente: *“el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa,*

tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”

Sin embargo, recordemos que don Miguel golpeó a doña Yaiza con un abrecartas, causándole a la misma una herida en la nuca que precisó atención médica con diez puntos de sutura. Esto tal y como prevé el Código, supone una agravación atendiendo a que los medios utilizados en la realización del comportamiento lesivo en cuestión, son peligrosos para la vida o la salud física en virtud de lo establecido en el artículo 148.1.1º CP:

“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.”

En este caso no hay dudas acerca del componente agravante de la lesión pues consideramos el abrecartas como un arma, que la RAE define como todo instrumento, máquina o medio destinado por el hombre a atacar o a defenderse. Más concretamente a una arma blanca definiéndose las mismas como todas aquellas constituídas por instrumentos de variada hechura y estructura que posean formas diversas dotadas de uno o más bordes cortantes de una extremidad terminada, por lo general en punta. Otra clasificación atiende a los efectos (instrumentos cortantes e instrumentos perforantes) o a su primera utilización (de uso doméstico, deportivo o profesional).³⁰

Jurisprudencialmente existen numerosas resoluciones en las que aparecen las armas blancas como base de la agravación, si bien algunas de ellas son más frecuentes ya que son más habituales en la vida cotidiana de una persona. Quizás las más frecuentes sean: las navajas, los cuchillos y los puñales. STS 5/2/1996 los califica de armas blancas fijando como criterio común a todas ellas el aumento de la capacidad lesiva del agente y el peligro de mayor gravedad del daño de la víctima, criterio aplicable a los abrecartas teniendo en cuenta la similitud que éste tiene con las mencionadas armas y sus similares consecuencias en caso de uso, al tener todas ellas las mismas características.

El momento en el que don Miguel golpea a doña Yaiza con la ayuda del mencionado abrecartas, doña Nerea insulta e increpa al agresor diciendo y cito textualmente “me las vas a pagar, el día que nos encontremos a solas voy a ponerte un ojo morado”.³¹

Tal y como prevé el Código Penal, estamos ante un delito de amenazas, el cual regula en su artículo 169, estableciendo que *“el que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:*

1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y

³⁰ GARCÍA GARCÍA-CERVIGON, J, “Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados” p.67

³¹ STS 445/2016 de 25 de mayo sala de lo penal, sección 1ª, FD 2º. Razones para aplicar el art.169.2 CP. [RJ20162010]

el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.”

Doña Nerea amenaza a don Miguel con ponerle un ojo morado, hecho que sería constitutivo de delito de lesiones en caso de llevarse a cabo tal y como establece el ya citado artículo 147 CP. Dicho artículo consideraba como reo de este tipo de delito a todo aquél que por cualquier medio o procedimiento, causase a otro una lesión que menoscabase su integridad corporal así como su salud física o mental, por lo que se vincula la realización de la amenaza con un mal constitutivo de delito de lesiones (en alusión a lo establecido en el art.169 CP).

Por otro lado en el caso, la realización de la amenaza no exige ningún tipo de cantidad ni la imposición de condición alguna, a la que hace referencia el punto primero del artículo 169 CP, por lo que se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años regulada en el punto segundo del citado artículo.

En el momento en el que doña Nerea amenaza a don Miguel, doña Yaiza abandona el local en el que se está celebrando la Junta General para dirigirse a un centro médico a que le traten la herida causada por el propio don Miguel, a la que antes hemos hecho referencia causando un delito de lesiones. Al salir del local, doña Yaiza pincha las ruedas del coche de don Miguel como represalia por el golpe que éste le había propiciado, ascendiendo el coste de reparación de las mismas a 380 €. Esta acción se encuentra tipificada en el artículo 263 del Código Penal como delito de daños³², el cual establece lo siguiente:

“El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño.

Si la cuantía del daño causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el daño causado por doña Yaiza al coche de don Miguel no supera los 400€ a los que hace referencia el código, se le impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

Sin embargo, estas actuaciones realizadas por doña Nerea y por doña Yaiza, reguladas en el Código Penal, como delito de amenazas y delito de daños, podrían ser atenuadas en función de cómo y por qué las mismas son llevadas a cabo por ambas socias. El código, establece en su artículo 20 una serie de circunstancias que atenúan la responsabilidad penal derivada de la realización de actividades delictivas.

Dicho artículo en su apartado tercero, establece que constituirá causa de atenuación *“la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató,*

³² SAP de Jaén 55/2004 de 3 de marzo (Sección 1ª) [JUR\2004\129226]

obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. Teniendo en cuenta que don Miguel había golpeado fuertemente a doña Yaiza, entendemos que tanto ésta, al pinchar las ruedas del coche del agresor, como doña Nerea al amenazarle, están obrando por las causas reflejadas en el citado apartado tercero del artículo 20 del Código Penal.

Por lo tanto, a la hora de la imposición de las correspondientes penas, que el caso de delito de amenazas realizado por doña Nerea será prisión de seis meses a dos años (art.169.2º CP) y en el caso del delito de daños llevado a cabo por doña Yaiza será multa de uno a tres meses (art.263.1 CP), como ya se ha mencionado, habrá que tener en cuenta la atenuante anteriormente mencionada tipificada en el artículo 20.3º CP.

Por otro lado, una vez que se ha acordado la disolución de la sociedad y el nombramiento de don Miguel como liquidador de la misma, se procede a la realización de inventario de los bienes de la propiedad así como a la iniciación del proceso de enajenación de los mismos. Don Miguel, como ya hemos reflejado, trata de agilizar todo lo posible dicha enajenación vendiendo los dos primeros lotes de bienes muy por debajo de su valor real de mercado. Concretamente por un 20% y un 25% de su valor contable respectivamente. Esta práctica supone un claro perjuicio al derecho que tienen los acreedores para reclamar su deuda, constituyendo la misma, un delito de alzamiento de bienes³³ tipificado en el artículo 257 CP dentro de la figura de “frustración de la ejecución”:

Artículo 257.

1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

2.º Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

Con base a las importantes pérdidas que venía arrastrando la sociedad en los últimos ejercicios, reflejadas en el balance del año 2013, don Miguel era perfecto conocedor de la situación real de la misma en el momento en el que las cuentas anuales de la sociedad son aprobadas el día 7 de abril de 2014, así como de la situación de insolvencia (real o previsible) de la sociedad, el día 2 de octubre de ese mismo año. Momento en el que se produce, acordada ya la disolución de la sociedad, la enajenación de los bienes de la misma, con la venta de los dos primeros lotes en cuestión.

Dicha venta, realizada muy por debajo del valor real de los bienes, supone una actuación sobre los propios bienes, destinada a ocultar o a mostrar una insolvencia real o aparente y total o parcial, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes.³⁴

³³ STS 867/2013, de 28 de noviembre: Como hemos dicho en SSTS 366/2012 de 3-5, y 138/2011, de 17-3, el delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal, y de otro el interés colectivo con el buen funcionamiento del sistema económico crediticio

³⁴ STS 1347/2003 de 15 de octubre.

La STS núm. 1253/2002, de 5 de julio, recuerda que uno de los elementos del delito es la producción de “un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo” (SSTS 31-1-2003, 5-7-2002). Por otro lado, la doctrina establece que “el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aún parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor”.³⁵

Por otro lado, cabe mencionar que la declaración futura de concurso que vivirá la sociedad, no afectará a la persecución de esta actividad delictiva con base a lo establecido en el apartado 5º del artículo 257 CP.³⁶

Por lo que dicha actuación será perseguible así como su autor imputado con base a lo establecido en este apartado del artículo 257 del Código Penal.

Una vez declarado concurso, siendo éste de carácter necesario como ya se ha visto, la administración concursal descubre que las cuentas anuales de Construccions Balea no reflejaban la imagen fiel de la misma durante los ejercicios comprendidos entre los años 2007 y 2009, ambos incluidos. En las cuentas, no se recogían algunos cobros realizados a determinados clientes que tenían como fin reducir la cuantía que debía de ser pagada en concepto de Impuesto de Sociedades a la Agencia Tributaria así como desviar dinero a una cuenta personal que don Miguel tenía a su nombre, defraudando unas cantidades de 150.000€, 100.000€ y 45.000€ respectivamente en los ejercicios anteriormente mencionados.

Estas actuaciones por parte de don Miguel, en su condición de administrador de la sociedad, suponen la consumación de varios delitos que se detallarán a continuación: delitos de falsedad documental, administración desleal y evasión fiscal.

Tal y como establece el artículo 290 del CP, “*los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.*” Los administradores de la sociedad, son los encargados de realizar las cuentas anuales de la misma, en virtud de lo establecido en el artículo 253.1 LSC³⁷. El incumplimiento de este u otro de los deberes a realizar por los administradores provocará el nacimiento de la ya mencionada responsabilidad de los administradores, tipificada en el artículo 236.1 LSC

³⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “La Reforma de los Delitos Económicos” p.254

³⁶ Artículo 257.5 CP: Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal.

³⁷ Artículo 253.1 LSC: Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados

Las cuentas anuales, desde el punto de vista del derecho mercantil, son uno de los documentos jurídico-económicos o contables esenciales de las sociedades, comprendiendo el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de patrimonio neto del ejercicio, el estado de los flujos de efectivo y la memoria, documentos todos ellos que forman una unidad y que muestran la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. En ese sentido no hay duda de que las cuentas anuales en general y los documentos en particular que las componen, tienen como finalidad esencial dar a conocer a socios y a terceros la situación económica y jurídica por la que atraviese la entidad, esto es, sirven para recoger la imagen fiel y pública, en atención a su obligado acceso al Registro Mercantil, el estado contable y legal de las entidades mercantiles, debiendo tenerse en cuenta en este sentido, los deberes de veracidad y transparencia que incumben a los agentes económicos y financieros en una libre economía de mercado. Idoneidad para recoger de manera fiel y pública el estado jurídico-económico de la entidad que son las funciones que debe cumplir todo documento para poder ser considerado objeto material del artículo 290 del Código Penal.³⁸

Así, en virtud de lo expuesto, la realización de las cuentas anuales de la sociedad por parte de don Miguel durante los ejercicios de 2007, 2008 y 2009 no reflejaban la imagen fiel de la misma, pues al no recoger ciertos cobros a clientes a los que antes hemos hecho referencia, se distorsiona y no se ofrece una imagen real y exacta del estado de la sociedad en sí, siendo aplicable el artículo 290 CP arriba citado.

Este delito de falsedad documental tiene su conexión con otro tipo de delitos, como el de administración desleal que surge a raíz de la realización de esa actividad delictiva del tipo documental. En términos generales cabe decir que la doctrina estima que el bien jurídico protegido del delito de administración desleal es el patrimonio. Esta conceptualización conlleva evidentemente, a que nos encontremos ante un delito contra el patrimonio, en el que ha de concurrir un perjuicio patrimonial, que será junto con la infracción del deber de realizar por el administrador, el elemento típico de delito en cuestión.

Antes de la reforma que el Código Penal sufre en el año 2015, la administración desleal se encontraba regulada en el artículo 295 del mencionado código, dentro de los llamados delitos societarios. Sin embargo a raíz de la mencionada reforma pasa a estar recogida en dos preceptos del Código Penal:

- Por un lado bajo la rúbrica “de la administración desleal” del artículo 252 CP.
- Y por otro, bajo la rúbrica “de la apropiación indebida” del artículo 253 CP.

Esta supresión, se debe a que la administración desleal es un delito que no solo afecta a patrimonios societario.³⁹

Sin embargo en el caso a tratar sí es el patrimonio de una sociedad el que se ve afectado, por lo que nos regiremos por lo estipulado en el artículo 252 CP que establece que *“serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan*

³⁸ PAVÓN HERRADÓN, D. “El delito de Falsedad Documental Societaria” p.254.

³⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “La Reforma de los Delitos Económicos” p69.

excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.”

Por otro lado esos cobros que no se recogían en las cuentas anuales y que iban a parar a una cuenta personal de don Miguel, perjudicando de este modo el patrimonio de la sociedad en cuestión, tenían el objetivo principal de reducir la cuantía a pagar en el IS a la Agencia Tributaria. Cantidades defraudadas como ya se han mencionado por valor 150.000€, 100.000€ y 45.000 € durante los ejercicios económicos de los años 2007, 2008 y 2009 respectivamente, que podrían llegar a suponer un delito de evasión fiscal, entendiéndose ésta como una actividad ilícita, habitualmente contemplada como delito o como infracción administrativa, que consiste en ocultar bienes o ingresos con el fin de pagar menos impuestos.

Con esta actividad, la sociedad Construccions Balea, a través de su administrador don Miguel, comete un delito contra la Hacienda Pública, tipificado en el artículo 305.1 CP, que establece lo siguiente:

“El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.

La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.”

Con base a esto, la pena de prisión de uno a cinco años y la correspondiente multa aquí previstas, únicamente serían aplicables a la defraudación correspondiente al ejercicio del año 2007, pues es la única de las tres cifras defraudadas, que supera la barrera de los 120.000€ requeridos por el artículo 305.1 del Código Penal para que la acción sea considerada un delito de evasión fiscal. Las defraudaciones correspondientes a los ejercicios de los años 2008 y 2009 con valor de 100.000€ y 45.000€ respectivamente, serían sancionables en vía administrativa, regulada en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades así como en la LGT.

Sin embargo, habría que tener en cuenta aquí la prescripción de tales acciones que el Código Penal tipifica en el artículo 131.1 ya visto. Por lo que la acción de reclamación, tanto contra la sociedad en sí como contra su administrador don Miguel, por la comisión de los delitos de falsedad documental, administración desleal así como evasión fiscal (únicamente por la defraudación correspondiente al ejercicio del año 2007) ha prescrito

al superarse los cinco años⁴⁰ previstos en el mencionado artículo del Código, dado que la realización de esas actividades corresponden a los años 2007, 2008 y 2009.

⁴⁰Artículo 131.1 CP. Los delitos prescriben:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez.

A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.

7. Analice los efectos de la declaración del concurso de acreedores sobre los contratos a que se refiere el supuesto. ¿Pueden las partes solicitar la resolución de los contratos?

I- INTRODUCCION: CONTRATOS Y SU SITUACION EN EL DERECHO

La declaración del concurso en cuestión, produce una serie de efectos a la hora de proceder a la resolución de los contratos presentes en el caso. Un contrato, tal y como indica la RAE, es un pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

El Derecho mercantil ha sido tradicionalmente, sobre todo un Derecho regulador de un estatuto profesional (el del comerciante) y de una clase especial de contratos. En efecto, buena parte del contenido de los Códigos mercantiles decimonónicos se destinaba a regular ciertas especialidades de una serie de contratos, que también existían en el ámbito civil. Especialidades que venían impuestas por el tráfico económico que requería un *tempo* más rápido o ágil que el propio de la contratación civil. Esta es la razón de que tanto el CC como el CCo regulen por partida doble algunos de los contratos (compraventa, mandato, transporte, depósito, etc.) En algunos casos el CCo se limita a ofrecer una regulación más o menos completa del tipo contractual de que se trate; en otros se limita a ofrecer un criterio de “mercantilidad” de la figura, de forma que resulte posible distinguir el contrato de su homónimo civil.

En la actualidad, el Derecho mercantil es bastante más que un Derecho regulador de contratos. La parte relativa a la ordenación del mercado o al Derecho de sociedades, han adquirido una importancia esencial. Con todo, la parte relativa a las obligaciones y contratos mercantiles sigue conservando notable importancia.

Su análisis sigue planteando como cuestión previa ineludible, la determinación de la *mercantilidad*, es decir, el criterio por el cual determinados contratos han de ser adscritos al ámbito del Derecho mercantil o deben, por el contrario, tener su sede en el Derecho Civil común. No se trata, en absoluto, de una cuestión meramente académica, sino que está cargada de consecuencias prácticas como la determinación de las normas de interpretación o el régimen de prescripción. Lamentablemente el legislador no se ha pronunciado abiertamente con carácter general desde que a finales del siglo XIX, se promulgase el vigente Código de Comercio. Lo cierto es que el sistema objetivo que sigue el Código (calificar el acto de comercio sin atender a la persona que lo realiza) se ha revelado un criterio nefasto. Por esta razón, *de lege ferenda* es inaplazable la intervención del legislador en esta materia. Según la doctrina que más atención ha prestado a la cuestión, la reforma debiera de ir en el sentido de una progresiva aproximación o unificación del Derecho privado (al menos en el ámbito de las obligaciones y contratos), que hiciera superfluo contar con una doble regulación de los contratos.⁴¹

II-TIPOS DE CONTRATOS EN EL SUPUESTO

En el supuesto no encontramos con dos tipos de contratos. El que tiene la sociedad con doña Julia y con don Rafael, de compraventa y el que la misma tiene con doña Aida, de agencia.

II.I- CONTRATO DE COMPRAVENTA

⁴¹ BROSETA PONT, M/ MARTÍNEZ SANZ, F. “Manual de Derecho Mercantil” p.34

La compraventa constituye seguramente, la más importante de las figuras contractuales recogidas en el Código Civil, debiendo añadirse a esta importancia jurídica, su importancia económica como el contrato más importante por el que se produce el intercambio de propiedad de los bienes (contratos traslativos del dominio).

Tal y como establece el artículo 1.445 CC, *“por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”*.

Su regulación legal se escinde, como ya hemos dicho, en dos grandes cuerpos legales fundamentales: Código Civil y el Código de Comercio. Además de algunas disposiciones específicas como pueden ser la Ley Reguladora de las Ventas de Bienes Muebles a Plazos o la Legislación sobre Viviendas de Protección Oficial.

Es un contrato consensual, bilateral, oneroso, normalmente conmutativo y traslativo del dominio:

1. Consensual porque su perfección se produce por el solo acuerdo o conformidad entre los contratantes. Así el artículo 1450 del Código Civil insiste en la no necesidad de la entrega de la cosa y el precio para que el contrato se perfeccione diferenciándose así la perfección del contrato de la consumación, momento este último que se produce con la entrega de la cosa.
2. Bilateral porque produce obligaciones recíprocas para ambos contratantes.
3. Oneroso porque supone una equivalencia de prestaciones entre comprador y vendedor.
4. Traslativo del dominio porque sirve de título para transmitir el dominio siendo necesario para que se produzca esa transmisión de la propiedad que junto a ese título se produzca el modo o entrega de la cosa.

La sociedad Construcciones Balea firma el 5 de febrero de 2014, dos contratos de compraventa con doña Julia y don Rafael. En ellos se obliga a la sociedad a entregar una vivienda a cada comprador el día 15 de enero de 2017, mientras que tanto doña Julia como don Rafael, se obligan al pago de 200.000€ a realizar en cualquier momento anterior a la entrega de la vivienda. Ambos contratos incluyen una cláusula que dispone la resolución automática del mismo en caso de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. Don Rafael realiza la totalidad del pago el día 1 de septiembre de 2014 mientras que doña Julia prefiere esperar al momento de la entrega de llaves (recordemos el día 15 de enero del año 2017). El 23 de diciembre de 2014, el juzgado de lo Mercantil de A Coruña dicta auto de admisión a trámite de la declaración de concurso presentada por Págame, SL como sociedad acreedora de Construcciones Balea, SA, motivo por el que se produciría la resolución de los dos contratos de compraventa firmados por la sociedad concursada con los dos clientes anteriormente mencionados, a tenor de lo estipulado en una de sus cláusulas.

Sin embargo, el artículo 61.3 LC, dispone que *“se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.”* Así pues, la declaración del concurso de la sociedad deudora, no producirá la resolución ni la extinción del contrato entre las partes, siendo inaplicable la mencionada cláusula. Se produce de este modo, un

choque entre las cláusulas de extinción tipificadas en el CC y la regulación de la nueva LC.

Con base a lo establecido sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas por la Ley Concursal en su artículo 61.1⁴² la deuda correspondiente, al deudor en este caso, se incluirá en la masa pasiva del concurso. A tenor de esto, en el contrato llevado a cabo entre la sociedad y don Rafael, la cantidad aportada por éste se incluirá en la masa pasiva del concurso, no cabiendo por tanto la solicitud de rescisión del contrato por parte de éste.

Estos contratos, están sometidos a la condición resolutoria tipificada en el artículo 1113 CC, estableciendo que *“será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución.”*, dando validez a la condición de resolución. Sin embargo la Ley Concursal es clara, al prever como ya se ha dicho que las cláusulas que establezcan la facultad de resolución se tendrán por no puestas por la sola declaración de concurso de una de las partes. En virtud de esto, don Rafael no podrá solicitar la resolución del mismo, aun habiendo realizado ya el desembolso de los 200.000€. Esta cantidad se conformaría en la masa pasiva del concurso a raíz de lo que establece el art.61.1 LC, no devolviendo a don Rafael dicha cantidad hasta que se realicen las correspondientes acciones llevadas a cabo por los administradores concursales durante el transcurso del concurso según el orden de prelación de créditos.

Por otro lado, en lo referente al contrato que la sociedad concursada había firmado con doña Julia, será aplicable lo previsto en el apartado segundo del mencionado artículo 61, pues recordemos que en este caso doña Julia, a diferencia de don Rafael, no ha realizado todavía el pago de los 200.000€:

“La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización.”

Con base a lo ahí citado, doña Julia, no podrá solicitar la resolución del contrato. La administración concursal o en su caso el concursado, serían los únicos que podrían llegar a solicitar tal resolución si lo estimaran conveniente por propio interés del concurso.

⁴² Artículo 61.1 LC: En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.

Así, tanto el contrato de don Rafael como el de doña Julia seguirán vigentes pues, como ya se ha visto, que la sociedad sea declarada en concurso, no supone causa de resolución de los mismos.

II.II- CONTRATO DE AGENCIA

Una vez que ha sido notificada a Construccions Balea, la declaración del concurso, la misma recibe una carta por parte de doña Aida a día 28 de diciembre de 2014, con el fin de “dar por finalizado de modo unilateral y con efecto inmediato” el contrato de agencia que vinculaba a ambas partes.

A diferencia del contrato de compraventa, un contrato de agencia es aquel por el que una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones teniendo su regulación propia en la LCA.

Tal y como establece dicha ley en su artículo 23, *“el contrato de agencia podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido”*. La extinción de este tipo contractual, vendrá dada por el transcurso del tiempo determinado en el propio contrato, pudiendo solicitar su extinción cuando la duración del mismo fuese indeterminada. Para ello dispone la LCA, en su artículo 25, la figura del preaviso, a la que hace mención la administración concursal al negarle a doña Aida la extinción del contrato solicitada por ésta:

“1. El contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito.

2. El plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes.

3. Las partes podrán pactar mayores plazos de preaviso, sin que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del empresario.

4. Salvo pacto en contrario el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes.

5. Para la determinación del plazo de preaviso de los contratos por tiempo determinado que se hubieren transformado por ministerio de la ley en contratos de duración indefinida, se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo a la misma el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida.”

Sin embargo el artículo 26 de la mencionada Ley de Contratos de Agencia, tipifica una serie de excepciones al deber de realizar el preaviso regulado en el recién visto artículo

25 LCA, en unos determinados supuestos entre los que encontramos la declaración de concurso⁴³.

En ese caso tal y como establece el apartado segundo del artículo 26 LCA, *“se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción.”*

Con base a esto, doña Aida, podrá solicitar la resolución del contrato de agencia que tiene con la sociedad concursada, finalizando el mismo el día 28 de diciembre de 2014, con base a lo establecido en el mencionado artículo 26.1.b) LCA, fecha en la que la misma notifica a Construcciones Balea que da por finalizado el contrato de agencia que vinculaba a ambas partes.

⁴³ Artículo 26.1.b) LCA: Cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso.

Bibliografía:

Manuales:

- APARICIO, M.L. (coordinadora): *Lecciones de Derecho Mercantil. El Derecho Concursal*, Thomson Reuters, IX Edición, 2012
- ARROYO, I. / MORRAL, R.: *Teoría y Práctica del Derecho Concursal*, Tecnos, II Edición.2014
- BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil, Vol II*, Tecnos, XXI Edición. 2014
- BUSTO LAGO, J.M/ REGLERO CAMPOS, L.F. (coordinadores): *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013
- GARCÍA GARCÍA- CERVIGÓN, J.: “*Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “*La Reforma de los Delitos Económicos: La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*”, Civitas, Thomson Reuters.2015
- PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito de falsedad Documental Societaria*, Bosch, 2016
- PASTOR GARCÍA, D. / PRENDES FIGUEIRAS. L. (coordinadores): *Practicum Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi.2014
- RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D. / HUERTA VIESCA, M.I.: *Responsabilidades de los Administradores de las Sociedades de Capital en Crisis (En las Leyes de Sociedades de Capital, Concursal, General Tributaria y de Responsabilidad Medioambiental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012
- VERDÚ CAÑETE, M.J.: “*La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en el Concurso de Acreedores*”, La ley, 2008
- YZQUIERDO TOSLADA, M/ “*El seguro de responsabilidad civil de los daños causados intencionalmente*”, Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2013

Legislación:

- Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

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

Jurisprudencia:

- STS de 10 de mayo de 1982, sala 1ª
- STS de 16 de diciembre de 2004, sala 1ª
- STS 994/2011 de 16 enero (RJ\2012\3649)
- STS de 17 de noviembre de 2011 (JUR/2011/427668)
- STS de 19 de diciembre de 2011, sala 1ª
- STS 867/2013, de 28 de noviembre
- STS 505/2014 de 8 octubre (RJ\2014\4992)
- SAP de Barcelona 155/2012 de 24 abril (AC\2012\961)
- SAP de Murcia 589/2016 de 13 octubre (AC\2016\1897)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vigo de 25 mayo de 2012 (AC\2012\381)
- SAP de Lleida (Sección 2ª) 118/2014 de 13 marzo (JUR\2014\114368)
- Auto de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª) 83/2012 de 6 julio (JUR\2012\291175)

- STS 445/2016 de 25 de mayo (sala de lo penal)
- SAP de Barcelona 180/2015 de 9 julio.
- SAP de Pontevedra 653/2011 de 22 de diciembre
- SAP de Jaén 55/2004 de 3 de marzo (JUR\2004\129226)
- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid 323/2014 de 29 mayo