



Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

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

Elena Otero Lozano

Tutor/a: M^a Rocio Quintáns Eiras

Grado en Derecho

Año 2015

Índice

ANTECEDENTES DE HECHO	7
CONSIDERACIONES	8
PRIMERA.- SOBRE EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA	8
I. El presupuesto de insolvencia en el concurso voluntario	8
II. Los presupuestos de la insolvencia en el concurso necesario	12
III. Aplicación al caso planteado.....	12
SEGUNDA.- SOBRE LAS ALTERNATIVAS A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO	14
I. El acuerdo extrajudicial de pagos	15
II. Los acuerdos de refinanciación	19
III. Otras formas de salir de la situación de insolvencia	21
IV. Aplicación al caso planteado.....	21
TERCERA.- SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS.....	23
CUARTA.- SOBRE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN	24
I. El concepto de perjuicio	24
II. Sobre la cercanía a la situación de concurso o la situación de insolvencia..	26
III. Otros aspectos a tener en consideración.....	28
QUINTA.- SOBRE LA POSIBILIDAD DE ANULAR EL ACUERDO SOCIAL Y LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES	30
I. Sobre los delitos cometidos	30
II. Sobre la impugnación del acuerdo	34
III. Sobre el comportamiento de la otra administradora.....	36

SEXTA.- SOBRE LAS ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LOS TRABAJADORES	37
I. Sobre la constitución de una nueva empresa y abandono de su puesto de trabajo	38
II. Sobre la captación de clientes	40
III. Sobre las acciones a ejercitar	44
CONCLUSIONES	47
BIBLIOGRAFÍA	48

Abreviaturas utilizadas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
CE	Constitución Española.
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
LC	Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

Índice de jurisprudencia

- SAP de Burgos de 26 de marzo de 2013 (AC 2013,1422).
- STS de 1 de abril de 2014 (RJ 2014, 2159).
- SJM de Pontevedra de 30 de junio de 2011 (AC 2011, 2058).
- STS de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7253).
- AAP de Pontevedra de 27 de mayo de 2009 (AC 2009,1577).
- AJM de Bilbao, de 17 de febrero de 2006.
- SAP de Barcelona de 7 de septiembre de 2009 (AC 2009, 1984).
- AAP de Zaragoza de 11 de febrero de 2008 (JUR 2009, 426944).
- SJM de Madrid de 5 de mayo de 2009 (AC 2009, 1053).
- SAP de Las Palmas de 15 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 252716).
- AJM de Málaga de 13 de noviembre de 2012.
- SAP de A Coruña de 23 de mayo de 2011 (AC 2011, 1281)].
- SAP de A Coruña de 9 diciembre de 2013 (AC 2013, 2296)
- STS de 26 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10415)
- STS 8 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 901).
- SAP de Baleares de 22 de enero de 2014 (JUR 2014, 48812)
- SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 (AC 2009, 1161)
- SAP de Málaga de 9 diciembre de 2009 (AC 2010, 1302)
- STS de 24 de julio de 2007 (RJ 2007, 4707)
- SJM de Madrid de 21 de enero de 2014 (JUR 2014, 110742)
- STC de 1 de octubre de 2012 (RTC 2012, 164)
- STC de 4 de junio de 2012 (RTC 2012, 115 y RTC 2012, 116)
- STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2014 (JUR 2014, 91876)
- SAP de Las Palmas de 21 de abril de 2008 (JUR 2008, 197191)
- SAP de Segovia de 15 de mayo de 1998 (ARP 1998, 2623)
- STS de 19 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9380)
- SAP de Barcelona de 27 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 80116)
- STS de 4 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5597)
- STS de 2 de abril de 2013 (RJ 2013, 6695)
- STS de 24 de abril de 2007 (RJ 2007, 2418)
- STS de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6816)
- SAP Pontevedra de 8 de enero de 2013 (JUR 2013, 40626)
- STS de 25 de junio de 2012 (RJ 2012, 8853)
- SAP de Valladolid de 30 de marzo de 2005 (JUR 2005, 89151)
- STS de 11 de julio de 2005 (RJ 2005, 5418)
- STS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1196)
- STS de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1600)

- STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4482)
- STS de 18 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3934)
- STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6829)
- STS de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2421)
- STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)
- STS de 19 de abril de 2010 (RJ 2010, 3538)
- STS de 29 de octubre de 2010 (RJ 2010, 8194)
- STS de 21 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9436)
- STS de 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4634)
- STS de 7 de junio de 2000 (RJ 2000, 5097)
- STS de 1 de junio de 2010 (RJ 2010, 2662)
- STS de 28 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8889)
- STS de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7323)
- SAP de Badajoz de 12 de noviembre de 2002 (AC 2002, 1726)
- STS de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3603)
- SAP de Baleares de 2012 (AC 2013, 612)
- STS de 8 de junio de 2009 (RJ 2009, 4573)
- STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262)
- SAP de Badajoz de 12 de noviembre de 2002 (AC 2002,1726)
- SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000 (AC 2001, 1354)
- SAP de Madrid de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005, 187200)
- STS de 8 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6805)
- STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8164)
- STS de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 11077)
- STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262)
- SAP de Valencia de 31 de octubre de 2006 (JUR 2007, 128395)
- STS de 12 de mayo de 2008 (JUR 2008, 3583)
- SAP de Madrid de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007, 322405)
- STS de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2009, 174)
- STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2013, 5917)
- STS de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3603)
- STS de 24 de junio de 2005 (RJ 2005, 4927)
- SAP de Badajoz de 12 de noviembre de 2002 (AC 2002, 1726)
- STS de 19 de abril de 2002 (RJ 2002, 3306)
- SAP de Madrid de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007, 322405)
- SAP de Valladolid de 27 mayo de 2003 (JUR 2003, 172521)
- STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8274)
- STS de 19 de enero de 2006 (RJ 2006, 2659)

Se emite por Doña Elena Otero Lozano, en calidad de colegiada número 30.067, del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, dictamen jurídico de dicho supuesto práctico, en base a los hechos y fundamentos de derecho que seguidamente se exponen:

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- En los últimos cinco años, debido al descenso del volumen de negocio que ha experimentado, la sociedad se ha visto obligada, en dos ocasiones, una ampliación de la línea de crédito que tiene abierta con la entidad Banco Popular, S.A. En la segunda ocasión la petición fue denegada por lo que ambos socios realizaron, de su propio patrimonio, sendos préstamos a la sociedad para poder hacer frente al pago de los salarios de sus diez trabajadores, así como al abono de las cuotas de la seguridad social.

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

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

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

SEXTO.- El 1 de enero de 2014 doña Nélica descubre el acta de una junta “universal” celebrada supuestamente el 6 de septiembre de 2008, en la que consta su firma -falsificada por don Plácido-. Pese a que en los estatutos nada se contempla sobre la retribución de los administradores, el acta recoge un acuerdo en el que se fija una

retribución anual de 200.000 € a favor, exclusivamente, de don Plácido. Seguidamente, doña Nérida comprueba que don Plácido ha venido cobrando anualmente dicha cantidad.

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

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- SOBRE EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA

I. El presupuesto de insolvencia en el concurso voluntario

El presupuesto objetivo para instar el concurso es la insolvencia, definiéndola el art. 2.2 LC como la incapacidad del deudor de “*cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”. Así, dentro del concepto de insolvencia distinguimos tres elementos: la imposibilidad de cumplimiento, la irregularidad en el cumplimiento y la exigibilidad de las obligaciones.

Se analizan a continuación dichos factores:

A) La imposibilidad de cumplimiento

El primero de los elementos a analizar -la imposibilidad de cumplimiento- hace referencia a aquellos supuestos en los que “*el deudor no puede cumplir con sus obligaciones exigibles por carecer de bienes bastantes, así como aquellos otros en los que teniendo bienes bastantes carece de liquidez para atender a sus obligaciones*¹”.

La resolución de I.C.A.G. de 31 de mayo de 1993, sobre normas de auditoría, establece una serie de hechos que pueden poner de manifiesto esa dificultad para atender las obligaciones: resultados económicos negativos de forma continuada, fondos de maniobra negativos persistentes, carencia de líneas de financiación, etc. Sin embargo, para determinar el estado de insolvencia debemos hacer un análisis detallado de la situación empresarial, no guiándonos solo por un indicador.

Una de las manifestaciones clave a la hora de analizar la solvencia empresarial es el *fondo de maniobra*, el cual nos indica el importe de recursos financieros que la empresa necesita para el normal desarrollo de sus operaciones a corto plazo. Sin embargo, un resultado negativo de dicho indicador no tiene por qué arrojar problemas de solvencia².

¹ Vaquer, 2014 p. 51.

² Existen empresas en las que la liquidez media del activo corriente, medida en días, es inferior al plazo de exigibilidad media de sus pasivos corrientes con lo que, aunque el capital corriente sea inferior a cero,

Esta misma idea viene recogida en la SAP de Burgos de 26 de marzo de 2013 (AC 2013, 1422). En ella se establece que la doctrina contable tiende a considerar el fondo de maniobra como el elemento a valorar para determinar si una empresa se encuentra o no imposibilitada para cumplir sus obligaciones vencidas. Así, la sentencia establece que *“si el fondo de maniobra (diferencia entre el activo corriente y el pasivo corriente) es negativo, nos indica que la empresa no dispone de liquidez para hacer frente a su pasivo a corto plazo con las partidas de su activo circulante, es decir, no es capaz de atender sus deudas con vencimientos inferiores a un año con su activo corriente”*. Pero a esto añade que el indicador analizado no permite por sí solo determinar si la empresa se encuentra en una situación de insolvencia, pero *“es un indicio que junto al resto de circunstancias concurrentes revelan una auténtica situación de insolvencia de la empresa concursada”*.

Otra cuestión importante a la hora de analizar la insolvencia es no confundir esta con el concepto de desbalance patrimonial. Este viene regulado en el art. 363 LSC, estableciendo dicho artículo que cuando las pérdidas dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, la sociedad deberá disolverse, a no ser que el capital se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. A estos efectos, la LSC dispone expresamente que los administradores convocarán la junta general en el plazo de 2 meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, inste el concurso.

De este modo, cabe destacar que nos encontramos ante situaciones distintas. En un caso, la empresa es incapaz de atender sus obligaciones; en otro, el patrimonio neto es inferior a la mitad del capital social. Ello significa que una sociedad puede estar incurso en causa de disolución por tener un desequilibrio patrimonial grave y, sin embargo, no estar en situación de insolvencia por estar cumpliendo regularmente con sus obligaciones. Y viceversa: una sociedad puede estar en situación de insolvencia y, sin embargo, tener superávit patrimonial. Puede haber situaciones en que concurren ambos problemas en la empresa, pero pueden darse también de manera independiente.

Así, como señala el TS en su sentencia de 1 de abril de 2014 (RJ 2014, 2159),

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

De igual forma, la SJM de Pontevedra de 30 de junio de 2011 (AC 2011, 2058) hace referencia a que en la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance. Así podríamos encontrarnos con que una empresa presente un activo

no están comprometidas sus posiciones de solvencia y liquidez. Por otra parte, empresas con capital corriente positivo pueden tener problemas de liquidez.

inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir sus obligaciones a través del crédito personal³.

De este modo, no debe confundirse la insolvencia con el desequilibrio patrimonial, noción de contabilidad que parte de datos presuntivos y de criterios de valoración basados en las exigencias del plan contable. Así, la contabilidad obliga a valorar los activos con criterios de prudencia que pueden no reflejar el valor de venta de los elementos del activo. Por otro lado, las normas contables permiten contabilizar en el activo partidas que desde el punto de vista de la realización tienen valor nulo. De forma que puede ocurrir que, atendiendo al valor de mercado de los activos, el deudor tenga un patrimonio suficiente para cubrir el pasivo, aunque según las normas de valoración contables entrañe un desbalance. Y también es posible la situación contraria.

Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho para instar el concurso es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas prevista en la LSC.

Ahora bien, en caso de que ambas situaciones se den de forma conjunta, la cuestión a resolver consiste en determinar qué deber prevalece. Mientras que el deber de instar el concurso por el órgano de administración en el plazo de dos meses desde que conoce la insolvencia no desaparece por ser la sociedad insolvente, no ocurre lo mismo si el orden de los acontecimientos es el opuesto. De este modo, el órgano de administración sí queda exonerado de su deber de convocar Junta General para disolver la sociedad siempre que haya solicitado el concurso de acreedores. Ello es debido a que no tendría sentido exigir a los administradores que promuevan la disolución de la sociedad cuando estos previamente han instado el procedimiento concursal. En el primer caso, el procedimiento llevaría a la inmediata desaparición de la sociedad; sin embargo, en el segundo la sociedad puede conseguir mejorar su situación y continuar su actividad. Pero es más, en el caso de que la sociedad no consiguiera llevar a cabo el convenio con sus acreedores y terminara en un proceso de liquidación, la ley aplicable a dicho proceso sería la concursal y no la liquidación extrajudicial prevista en la LSC ya que este último proceso implica, al menos a priori, que la sociedad se encuentre en disposición de pagar sus deudas, lo cual claramente no sucede en los casos en los que la sociedad es insolvente⁴.

Sin embargo, como establece la STS de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7253) en relación con lo anteriormente expuesto,

“no significa que la declaración de concurso de acreedores exima de la posible responsabilidad ex art. 262.5 TRLSA⁵, en que los administradores hubieran podido incurrir antes del concurso, sin perjuicio de que (...) la declaración de concurso suspenda el ejercicio de esta acción de responsabilidad (art. 50.2 LC) y, si se lo hubiera sido y estuviera en tramitación, se paralizará el procedimiento (art. 51.1bis LC)”.

³ La misma idea viene recogida en sentencias como la STS de 1 de abril de 2014 (RJ 2014, 2159).

⁴ Oñate, 2012.

⁵ Actualmente art. 236 y siguientes de la LSC.

De esta forma los administradores podrán responder por no haber promovido la disolución en el plazo marcado por la ley; pero si en dicho plazo, estando la sociedad en situación de insolvencia, instan el concurso, el deber de disolución decae.

B) La regularidad en el cumplimiento

El segundo de los elementos a tener en consideración es la regularidad en el cumplimiento.

Para analizar si el cumplimiento es o no regular, es necesario valorar la situación económica y financiera de la empresa deudora para determinar si con su actividad ordinaria y con una normal financiación podrá atender aquellas deudas exigibles [AAP de Pontevedra de 27 de mayo de 2009 (AC 2009, 1577)]. En caso de poder atenderlas, el cumplimiento será regular. Sin embargo, cuando las obligaciones son realizadas a costa de un endeudamiento excesivo que aumente el pasivo o de una anormal disminución del activo⁶, el cumplimiento sería irregular, de forma que la entidad solo puede cumplir con sus obligaciones si acude a medios o modos no ordinarios.

Así, atendiendo a la regularidad de cumplimiento podemos distinguir dos clases de insolvencia. Una *actual*, que implica la imposibilidad de atender las obligaciones sin acudir a mecanismos extraordinarios de financiación, como puede ser la venta de activos, el cierre de determinadas líneas de explotación o del propio negocio; y una *inminente*, cuando el deudor prevea que no podrá cumplir con sus obligaciones de un modo regular y puntual y a medida que se van haciendo exigibles.

De este modo, la insolvencia actual obliga al deudor a solicitar el concurso, pudiéndose adelantar a este hecho e instarlo en un momento anterior, en el que la insolvencia sea aún inminente. Sin embargo, el acreedor cuyo crédito resulte impagado deberá esperar a que la insolvencia de su deudor sea actual para poder instar el concurso necesario.

Este concepto de insolvencia inminente ha sido analizado por el AJM de Bilbao, de 17 de febrero de 2006, afirmando que la insolvencia inminente “*podrá consistir en un razonamiento basado en documentos no contables o hechos notorios*”, añadiendo que “*los factores que pueden ser utilizados para fundar la “autoprevisión” de insolvencia son los siguientes: la importancia del sobreendeudamiento, el desfase entre la liquidez del activo y la exigibilidad del pasivo, la inviabilidad de cumplir en el corto plazo, resultados económicos o cash-flow negativo, de forma continuada y cuantía significativa, fondo de maniobra negativo persistente y de cuantía significativa...*”.

C) La exigibilidad de la obligación

Por último, las obligaciones de imposible cumplimiento han de ser exigibles, es decir, que el acreedor pueda reclamar con eficacia jurídica su cumplimiento. Hemos de destacar nuevamente en este caso la insolvencia inminente -para el caso de que el concurso sea solicitado por el deudor- y por la cual este prevé que no podrá hacer frente a sus obligaciones a medida que se vayan haciendo exigibles.

⁶ AJM de Madrid de 8 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 135724).

II. Los presupuestos de la insolvencia en el concurso necesario

La LC recoge una serie de causas externas por las cuales se presupone que el deudor se encuentra en situación de insolvencia. De esta forma, ante la concurrencia de alguna de dichas situaciones, el acreedor puede instar el concurso necesario en caso de no hacerlo el deudor, si bien la situación de insolvencia puede quedar desacreditada a partir de la oposición y demostración por parte del deudor de una situación de solvencia económica. Además, se presupone que el deudor debe conocer su estado de insolvencia cuando se dan dichos presupuestos [SAP de Barcelona de 7 de septiembre de 2009 (AC 2009, 1984)].

Estos, recogidos en el art. 2.4 LC, son los siguientes:

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

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

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

4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

III. Aplicación al caso planteado

Cabe indicar, en primer lugar, que el deudor debería instar el concurso si se haya en situación de insolvencia, atendiendo a las características especificadas en los apartados A), B) y C) anteriores. En el caso concreto vemos que existen deudas exigibles no pagadas, pero los datos facilitados no nos permiten determinar si ese incumplimiento es o no regular.

Por otro lado, como adelantábamos anteriormente, el art. 2.4 LC prevé las causas externas que presuponen la insolvencia y que, de cumplirse alguna de estas, el deudor debería conocer dicho estado.

El caso nos plantea la existencia de deudas tanto con los trabajadores, como con la Seguridad Social, pero dichas deudas son inferiores, en cuanto al tiempo se refiere, a los períodos especificados en el art. 2.4.

Por tanto, la única posibilidad para constatar la situación de insolvencia sería a través del sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, que exige dos requisitos: la existencia de impagos o incumplimientos en las obligaciones vencidas y exigibles y que tal incumplimiento sea generalizado, lo que equivale a definitivo, general y completo, debiendo implicar una imposibilidad absoluta de pagar [AAP de Zaragoza de 11 de febrero de 2008 (JUR 2009, 426944)].

A partir de la jurisprudencia y doctrina⁷ consultadas, se pueden establecer las características que definirían el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor:

En primer lugar, el término *general* no debe entenderse como la cesación de todos los pagos, ni como el impago de una única deuda, sino que debe producirse frente a una pluralidad de acreedores.

Por otro lado el sobreseimiento ha de ser *relevante*, es decir, la cesación en los pagos debe ser lo suficientemente importante desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo.

En tercer lugar, el sobreseimiento ha de ser *definitivo*. Así la SJM de Madrid de 5 de mayo de 2009 (AC 2009, 1053) hace referencia a que “*no sobresee el pago de las obligaciones quien incurre en un proceso de mora revelador de simples dificultades económicas pasajeras, explicitándose además que el sobreseimiento debe afectar al pago corriente, de modo que el incumplimiento de determinadas obligaciones que pudieran ser litigiosas o dudosas, no puede determinar por sí ni justificar una declaración de quiebra*”.

La misma idea se expresa en la SAP de Las Palmas de 15 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 252716) determinando que “*es necesario distinguir entre el cese circunstancial en los pagos, de carácter esporádico, simple o aislado, por simples dificultades del momento, por un lado, y, por otro lado, el sobreseimiento generalizado, que implica la imposibilidad de efectuar los pagos de carácter definitivo, no por un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones*”.

Asimismo, el sobreseimiento debe ser *actual* y no pretérito, es decir, debe concurrir en el momento de la solicitud y en el de la declaración del concurso.

A pesar de las características especificadas, la Ley Concursal concede a los tribunales un amplio margen de apreciación para determinar si ha existido sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Para ello, deben tener en cuenta multitud de circunstancias, tales como el número de créditos insatisfechos, el importe de los mismos, su relevancia, su naturaleza, etc.

En el caso que se nos plantea, aparte de los créditos adeudados de derecho público (durante el plazo de 2 meses) y de los trabajadores (durante un mes), existe un crédito con la sociedad Almanzor por valor de 500.000 euros.

Dichos datos no permiten por sí solos determinar la existencia o no de una situación de insolvencia empresarial, sino que hemos de atender a la tendencia de las cuentas anuales de la compañía durante los últimos años, analizando los diversos ratios financieros que permiten determinar la situación insolvencia, como puede ser el ratio de solvencia o distancia a la quiebra, el de liquidez, el ratio acid-test, el de endeudamiento, etc.

De este modo, al no poder determinar con exactitud si la empresa se encuentra o no en situación de insolvencia, las diversas cuestiones que analizaremos van a ser estudiadas haciendo referencia a si estamos o no ante una situación de insolvencia.

⁷ Martínez, 2013.

SEGUNDA.- SOBRE LAS ALTERNATIVAS A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Para el desarrollo de esta cuestión hemos de partir de que la empresa se encuentra en situación de insolvencia, de forma que el deudor ha de solicitar el concurso pues, en caso de no hacerlo, corre el riesgo de que sea instado por los acreedores con la consideración, por tanto, de *concurso necesario*.

Ante una situación de insolvencia, actual o inminente, la LC obliga al deudor -en el plazo de dos meses desde que conoce dicha situación- a solicitar la declaración de concurso. Sin embargo, el articulado de la norma prevé diversas alternativas que buscan superar la situación de insolvencia y, con ella el deber de instar el concurso.

Estas alternativas pueden ser divididas en dos grupos. El primer grupo estaría compuesto por el acuerdo extrajudicial de pagos -regulado en el art. 5bis y el título X de la LC- y los acuerdos de refinanciación típicos colectivos y homologados -previstos en los arts. 5bis, 71bis.1 y la Disposición adicional cuarta-. La peculiaridad de este primer grupo es que el inicio de cualquiera de estos acuerdos imposibilita a los acreedores el poder instar el concurso.

El segundo grupo lo forman los acuerdos de refinanciación singulares -art. 71bis.2 LC- y los acuerdos atípicos -aquellos a los que hace referencia la Resolución de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 y que responden parcialmente al contenido del art. 71bis.1-. A diferencia de lo que sucedía en el caso anterior, el hecho de iniciar un acuerdo de este tipo no imposibilita que los acreedores puedan instar el concurso.

Es decir, la LC da un plazo de dos meses al deudor para que, desde que conoce su estado de insolvencia, comunique al juzgado competente para la declaración de concurso⁸ que ha iniciado negociaciones con sus acreedores. De esta forma, se rompe la exigencia de solicitar la declaración de concurso voluntario y concede al deudor un plazo de tres meses para llevar a cabo la negociación, y uno más para instar el concurso en caso de no alcanzar el acuerdo. Sin embargo, dicha facultad regulada en el art. 5bis LC, hace referencia solamente al acuerdo extrajudicial de pagos y a los acuerdos de refinanciación regulados en el art. 71bis.1 (los colectivos) y los de la Disposición adicional cuarta (los homologados). De esta forma, aun cuando el deudor esté llevando a cabo un acuerdo de refinanciación no colectivo, el deudor está sometido al riesgo de que se solicite un concurso necesario, por el incumplimiento del deber de instar el concurso.

La misma situación se da en el caso de que el acuerdo concertado sea de los denominados atípicos. Sin embargo, mientras que los acuerdos no colectivos están protegidos frente a las acciones de reintegración, los acuerdos atípicos no gozan de dicha protección por lo que pueden ser objeto de reintegración en caso de que se consideren perjudiciales para la masa activa y se hayan llevado a cabo dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Por tanto, si el objetivo de la empresa es eludir la declaración de concurso son solamente los acuerdos típicos colectivos u homologados, así como el acuerdo

⁸ En este caso, el juzgado competente sería el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, por tener el deudor su centro de intereses principales en dicho territorio (art.10.1 LC).

extrajudicial de pagos, los que podrían evitar dicha situación. Por su parte, el resto de acuerdos examinados podrían evitar el concurso si con su realización la entidad consigue salir de la insolvencia.

El art. 5bis hace referencia también al convenio anticipado. Sin embargo, dicha propuesta tiene lugar una vez solicitado el concurso voluntario o desde que se produce la declaración de concurso necesario (art. 104 LC) por lo que no es aquí considerada como una alternativa al concurso en sí.

Analizamos, a continuación, las alternativas consideradas:

I. El acuerdo extrajudicial de pagos

El acuerdo extrajudicial de pagos aparece regulado por primera vez a través de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores. Dicha Ley incorpora a la Ley Concursal un nuevo Título X que regula la mencionada figura como alternativa al concurso de acreedores. De esta forma, la finalidad del acuerdo extrajudicial de pagos es que el deudor lleve a cabo una negociación con sus acreedores a partir de la propuesta elaborada por el mediador concursal.

A) Ámbito de aplicación subjetivo

Para que un deudor pueda acogerse a este procedimiento ha de cumplir con los requisitos especificados en el art. 231 LC y no ha de estar inmerso en las causas de incompatibilidad establecidas en dicho artículo. De esta forma, en relación a las personas jurídicas⁹, el artículo citado establece las siguientes limitaciones para poder acogerse al procedimiento:

- a) Han de encontrarse en estado de insolvencia.
- b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no ha de revestir especial complejidad¹⁰.
- c) Han de disponer de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.
- d) Su patrimonio y sus ingresos previsibles han de permitir lograr con posibilidades de éxito el acuerdo.

En cuanto a las incompatibilidades para presentar la solicitud se especifican en el articulado las siguientes:

- a) No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.

⁹ Nos centramos solamente en el análisis relativo a las personas jurídicas, al ser una sociedad limitada el sujeto del caso propuesto.

¹⁰ Según el art. 190 LC, un concurso es de gran complejidad cuando existan más de 50 acreedores o la entidad tenga un activo o pasivo superior a 5 millones de euros.

- b) Tampoco podrán solicitarlo los sujetos a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación.
- c) Asimismo, no cabe ser solicitado por personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hayan llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.
- d) Tampoco por quienes hubieran alcanzado, dentro de los tres últimos años, un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores. Dicha medida persigue evitar la perpetuación de la insolvencia mediante la concatenación de procedimientos. Así, el procedimiento extrajudicial solo procede frente a la insolvencia *inicial* (no *persistente*)¹¹.
- e) No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.
- f) Tampoco será posible iniciar el acuerdo extrajudicial si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso.
- g) No podrán acudir al procedimiento las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Asimismo, los créditos de derecho público no podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial. Se establece así una nueva Disposición adicional séptima dirigida a regular el *tratamiento de créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos*. De esta forma el deudor deberá solicitar a la Administración pública competente un aplazamiento o fraccionamiento del pago de las deudas que se encontrasen pendientes, siempre que no tuviera previsto efectuar el ingreso en el plazo establecido en la normativa aplicable.

Por lo que se refiere a los créditos con garantía real, únicamente podrán incorporarse al acuerdo extrajudicial y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostentan su titularidad, mediante la comunicación expresa prevista por el apartado 4 del artículo 234.

B) Procedimiento

Una vez analizados aquellos sujetos que pueden acceder al acuerdo, pasamos a analizar el procedimiento a llevar a cabo, diferenciando dos fases: una de iniciación y otra de negociación¹².

La primera fase se inicia con la solicitud de nombramiento de un mediador concursal ante el Registrador Mercantil, al ser la entidad sujeto inscribible en el Registro Mercantil (art. 81 RRM). En dicha solicitud han de constar determinados contenidos, como la lista de acreedores, la relación de contratos vigentes, los gastos mensuales previsibles que deba afrontar el deudor y las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios cuando la entidad esté obligada a su llevanza. Además, aun cuando los créditos públicos están excluidos del acuerdo extrajudicial y aunque los titulares de créditos con garantía real tienen la facultad de

¹¹ Senés, 2014.

¹² Marín, 2013.

sumarse al proceso negociador, la lista de acreedores deberá comprender a los titulares de estos créditos, con expresión de la cuantía y vencimiento de éstos (art. 232.2 LC).

El mediador concursal será designado de la lista oficial suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia y deberá reunir las condiciones previstas en la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles y alguno del art. 27 LC¹³. La aceptación del mediador concursal y la apertura del expediente se publicará en los registros correspondientes (de la Propiedad, Civil, Mercantil y Registro Público Concursal) y se dará cuenta a los juzgados de lo mercantil del domicilio del deudor de la apertura de negociaciones¹⁴.

En la *fase de negociación*, el mediador concursal ha de convocar a los acreedores que consten en la lista adjunta a la solicitud (incluidos los acreedores con garantía real aunque no puedan quedar afectados) para que acudan a una reunión con la finalidad de aprobar el plan de pagos. Dicho plan debe ir acompañado de un análisis de viabilidad y una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones.

Los diversos tipos de créditos existentes (los de derecho público, los reales y los restantes) presentan regímenes jurídicos distintos en relación con la convocatoria a la reunión de acreedores hecha por el mediador. Así, como adelantábamos anteriormente, los acreedores de créditos con garantía real tienen la facultad de participar o no en las negociaciones, debiendo comunicar, en su caso, la asistencia a la reunión. Por su parte, los titulares de créditos de Derecho público no serán convocados a la reunión de acreedores debido a que no pueden ser objeto del acuerdo. Sin embargo, a la hora de realizar el plan de pagos deberá acompañarse copia de la solicitud o acuerdo de su aplazamiento, o, al menos, la indicación de las fechas de pago si no van a ser satisfechos en sus plazos de vencimiento. Por último, los titulares de los créditos restantes tienen la obligación de asistir a la reunión convocada, pero pueden eludirla si se posicionan en contra de la propuesta inicial en los diez naturales anteriores a la fecha prevista para la celebración de la reunión. En el caso de que un acreedor no asista a la reunión se le sancionará con la subordinación de su crédito en el concurso consecutivo que pudiera sobrevenir (art. 237.1 LC).

La propuesta de pagos elaborada puede consistir en quitas de hasta del 25% de los créditos y esperas de hasta tres años, en cuyo caso la aceptación del acuerdo requerirá el voto favorable de los acreedores que representen el 60% del pasivo del deudor. También podrá consistir en la cesión de bienes a los acreedores, en cuyo caso el acuerdo deberá ser aceptado por acreedores que representen el 75% del pasivo del deudor.

A fin de clarificar el cómputo de estas mayorías, la ley ha especificado que para su formación “*se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo*”. De esta forma, no se tendrán en cuenta los créditos de derecho público. Además no atiende a la modalidad del crédito -según esté o no garantizado con garantía real- sino a la *afectación* resultante del

¹³ Artículo relativo a las condiciones subjetivas que debe cumplir un administrador concursal para su nombramiento.

¹⁴ Con dicho conocimiento, el juzgado no admitirá la solicitud del concurso necesario por parte de los acreedores.

consentimiento prestado por cada uno de los acreedores, incluidos, en su caso, los titulares del créditos con garantía real¹⁵.

Por otro lado, el acuerdo puede ser objeto de impugnación ante el juzgado de lo mercantil del domicilio del deudor. Esta impugnación ha de basarse en una serie de motivos tasados: la falta de las mayorías necesarias, la superación de los límites en la espera o la desproporción de la quita. La anulación del acuerdo implicará la apertura del concurso de acreedores consecutivo¹⁶.

C) Efectos

El hecho de iniciar el procedimiento para poder llevar a cabo un acuerdo extrajudicial de pagos produce diversas consecuencias para el deudor y ciertos efectos en relación a los acreedores.

Así, desde la presentación de la solicitud, a pesar de que el deudor podrá continuar desarrollando su actividad, deberá abstenerse de solicitar la concesión de préstamos o créditos ni utilizar “medio electrónico de pago alguno”, y deberá devolver las tarjetas de crédito a la entidad.

La publicación de la apertura del expediente surte también ciertos efectos frente a los acreedores; en particular, la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses, y la prohibición de anotar embargos posteriores a la solicitud del nombramiento de mediador concursal. Esta causa legal de suspensión de la ejecución deberá ser acordada por el secretario judicial en atención a los arts. 565.1 y 568.1 LEC. También se establece un deber de abstención dirigido a los acreedores y que consiste en no realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en la que se encuentren respecto del deudor común. Además, en relación con la ejecución de garantías reales esta podrá ser iniciada o continuada por el acreedor. No obstante, en este caso el acreedor no podrá participar en el acuerdo extrajudicial.

Por otro lado, a diferencia de lo que sucede en el caso de encontrarse la entidad en situación concursal, en el acuerdo extrajudicial de pagos las personas del entorno familiar o societario del deudor pueden tener un tratamiento más favorable en la medida en que este acuerdo desconoce la condición de “*personas especialmente relacionadas*” con el deudor y la categoría de los créditos subordinados.

Por último, una característica determinante del acuerdo extrajudicial de pagos es la posibilidad de entrar en el denominado “*concurso consecutivo*”. Así, el rechazo del plan de pagos o el incumplimiento del acuerdo extrajudicial determinará la tramitación de un concurso consecutivo de acreedores instado por el mediador concursal que, desde el punto de vista procedimental, es un concurso sin opción a convenio y consiguiente apertura inmediata de la fase de liquidación.

¹⁵ Senés, 2014.

¹⁶ Concepto analizado en el siguiente apartado sobre los efectos de la iniciación del acuerdo extrajudicial de pagos.

II. Los acuerdos de refinanciación

Los acuerdos de refinanciación son negociaciones, llevadas a cabo entre el deudor y sus acreedores, para llegar a un acuerdo basado en la autonomía de la voluntad, cuyo objeto sea la ampliación del crédito disponible o la modificación o extinción de las obligaciones contraídas anteriormente.

Dicho concepto de refinanciación es analizado junto a otros -como es el de reestructuración de deuda- en la Circular 6/2012 del Banco de España. Así, por *operaciones de refinanciación* entiende aquellas que, ante dificultades financieras del titular de la deuda, actuales o previsibles, tienen por objeto cancelar una o varias operaciones previstas o ponerlas al corriente de pagos facilitando al deudor el pago de la deuda. Por su parte, se definen como *operaciones de reestructuración* aquellas en las que se modifican las condiciones financieras -se realiza una quita o se reciben activos para reducir deuda, se modifican sus condiciones para alargar el plazo de vencimiento, se varía el cuadro de amortización bien para minorar el importe de las cuotas en el corto plazo, bien para disminuir su frecuencia o establecer o alargar el plazo de carencia del principal, los intereses o de ambos-. Sin embargo, la Ley española no ha seguido tales definiciones, de forma que estas no encajan perfectamente con el concepto de refinanciación de la Ley Concursal; es más, el concepto contemplado en la Ley se asimila más al concepto de reestructuración dado por el Banco de España¹⁷.

Así, una vez analizado el concepto de acuerdos de refinanciación, pasamos a analizar su normativa de forma más detallada.

A) Tipologías de acuerdos de refinanciación

En primer lugar, es recomendable realizar una clasificación de los acuerdos de refinanciación. Como hacíamos referencia anteriormente, existen diversos tipos de acuerdos de refinanciación.

En primer lugar estarían los acuerdos de refinanciación típicos -regulados en la LC-, que se clasificarían en ordinarios u homologados. Los primeros se prevén en el art. 71bis distinguiéndose a su vez dos variantes: los colectivos (art. 71bis.1) y los singulares (art. 71bis.2).

En virtud del primer tipo de estos acuerdos se procede a la ampliación, de forma significativa, del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en su sustitución. El acuerdo efectuado ha de ir acompañado de un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial en el corto y medio plazo y ha de ser suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor. Además es necesaria la certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. Por último, el acuerdo ha de formalizarse en instrumento público.

¹⁷ Uría *et al*, 2013.

El segundo tipo -los singulares- son aquellos acuerdos que no cumplen las características anteriormente especificadas de los acuerdos colectivos, pero sí se encuentran entre una serie de acuerdos especificados en el apartado 2 del art. 71bis (los que dan lugar a la reducción de la proporción del pasivo sobre el activo, los que establecen ciertas limitaciones al tipo de interés, los que se justifiquen atendiendo a las razones económicas de la operación, etc.).

Siguiendo con la clasificación anterior, al lado de los acuerdos ordinarios, se encuentran los homologados (regulados en la Disposición adicional cuarta). De acuerdo con dicha Disposición, los acuerdos podrán ser objeto de homologación si son suscritos por acreedores que representen al menos el 51% de los pasivos financieros y se cumplen las exigencias previstas en el art.71bis.1. De esta manera ha de tenerse en cuenta que quedan fuera de la homologación los acreedores de créditos de derecho público, los laborales y los comerciales. Sin embargo, estos dos últimos podrán adherirse al acuerdo voluntariamente, pero no se tendrán en cuenta para computar mayorías. Además, para el cómputo de dicha mayoría tampoco se considerarán los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor¹⁸. De esta forma, con la homologación podrán extenderse los acuerdos adoptados a los acreedores disidentes, atendiendo al tipo de crédito ante el que nos encontremos y a la mayoría obtenida.

B) Efectos

Centrándonos en los dos acuerdos de refinanciación que protegen al deudor de solicitudes de concurso necesario, señala la Ley que durante el tiempo que transcurre desde la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor¹⁹.

Por otro lado, se suspenderán las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la Disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje superior al 51 por ciento de pasivos financieros haya apoyado expresamente el inicio de negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, y adquiriesen el compromiso de no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia. Lo dispuesto anteriormente no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos.

¹⁸ Art. 93 LC.

¹⁹ El concepto de “*bienes necesarios*” para la actividad empresarial viene regulado en la Ley Concursal en su art. 56.5 estableciendo que dicho concepto será concretado por el juez, determinando si aquel resulta o no necesario para la actividad empresarial. Numerosas sentencias hacen referencia al mismo. Véase AJM de Málaga de 13 de noviembre de 2012 que relaciona el concepto con aquellos “*elemento(s) esenciales de la actividad empresarial con los que poder seguir desarrollando la actividad explotadora*”.

Una de las ventajas que ofrecen los acuerdos de refinanciación es que la norma establece un régimen favorable para los nuevos ingresos de tesorería (fresh money) que se produzcan en los dos años siguientes a la entrada en vigor del precepto (hasta marzo de 2016), de forma que los nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco del acuerdo tendrán la calificación de créditos contra la masa el 100% (anteriormente dicho porcentaje alcanzaba el 50%).

Por otro lado, los dos tipos de acuerdos que evitan el concurso están sometidos a un nivel distinto de protección. Así, tanto los acuerdos ordinarios colectivos como los homologados no podrán ser alcanzados por las acciones de reintegración, pero además - como hacíamos referencia anteriormente-, estos últimos podrán extender sus efectos a los acreedores disidentes en función del porcentaje adquirido.

III. Otras formas de salir de la situación de insolvencia

Como hemos referido anteriormente, existen diversos mecanismos que evitarían la situación de concurso si al llevarlos a cabo la empresa sale de la situación de insolvencia. Además de los acuerdos de refinanciación ya aludidos -acuerdos de refinanciación atípicos y acuerdos de refinanciación singulares-, estarían también determinadas operaciones de reestructuración empresarial, como pueden ser las fusiones, escisiones o segregaciones²⁰, realizadas fuera del marco del procedimiento concursal.

IV. Aplicación al caso planteado

Una vez analizadas las diversas alternativas a la situación de concurso, hemos de establecer cuál es la más adecuada al supuesto de hecho planteado.

En el caso particular objeto de estudio, se especifican los siguientes acreedores:

- a) El Banco Popular S.A: crédito financiero.
- b) La compañía mayorista: crédito comercial.
- c) La sociedad Almanzor S.L (500.000 €): crédito comercial.
- d) La Seguridad Social: crédito de derecho público.
- e) Los trabajadores: crédito laboral.
- f) Los propios socios: crédito financiero.

Los hechos relatados exponen que las negociaciones son llevadas a cabo entre el deudor y los dos primeros acreedores (letras a y b). En el caso de que las negociaciones acaben en un acuerdo extrajudicial de pagos, este podría llevarse a cabo estableciendo una quita máxima del 25% y un tiempo de espera inferior a 3 años. Sin embargo, los efectos del acuerdo extrajudicial hacen que esta opción tenga que ser rechazada.

El primer desincentivo que se suscita es el contenido tasado legalmente del plan de pagos, con esperas o moratorias limitadas a tres años y con quitas inferiores al 25%. Ello no sólo contrasta con la libertad que rige el contenido de los acuerdos de refinanciación, sino también con el propio contenido del convenio concursal, que aun cuando también está tasado legalmente, permite márgenes más amplios de operatividad.

²⁰ León, 2013.

Además, aunque durante el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos la sociedad puede continuar con su actividad, no podrá utilizar ningún medio de pago electrónico y deberá devolver las tarjetas de crédito, lo que dificulta la continuidad de las operaciones de la entidad²¹. A ello se le añade el hecho de que en caso de que el acuerdo no sea suscrito o se produzca su incumplimiento, la empresa ha de entrar directamente en la fase de liquidación como consecuencia del concurso consecutivo.

Sin embargo, en el caso de optar por la segunda alternativa -el acuerdo de refinanciación- se obtienen diversas ventajas. En primer lugar, si los créditos del Banco Popular y de la compañía mayorista representan al menos tres quintos del pasivo -cumpliéndose también las demás características del art. 71bis.1-, el acuerdo no podrá ser objeto de reintegración en caso de que posteriormente sea instado el concurso, quedando entonces protegido.

Por otro lado, el acuerdo con el Banco Popular podrá ser objeto de homologación al tener la consideración de crédito financiero. A efectos del cómputo de mayorías, el crédito de los socios no es tenido en cuenta al ser considerado crédito de personas especialmente relacionadas con la entidad²²; por tanto, si no existen más acreedores financieros bastará con la suscripción del acuerdo por parte de Banco Popular S.A. para conseguir la homologación. En caso de existir más, se precisará -como adelantábamos anteriormente- que sea suscrito por quienes representen el 51% de los créditos financieros. Por otra parte, si el porcentaje de suscripción es mayor, podrá extender sus efectos a acreedores disidentes. Por lo que respecta a la compañía mayorista, su crédito, al ser comercial, no puede ser tenido en cuenta para el cómputo de las mayorías, si bien podrá adherirse voluntariamente al acuerdo homologado.

Además, existe otra ventaja en el caso de optar por el acuerdo de refinanciación. En principio, lo que parece mostrar la situación actual es que las entidades de crédito van a estar abiertas a un proceso de renegociación (siempre que esté debidamente soportado y justificado) a fin de evitar los efectos del concurso en sus cuentas de resultados y coeficientes de solvencia²³. Así se establece la obligación expresa para las entidades de crédito de contar con una política de refinanciación, renovación o reestructuración de operaciones. De esta misma forma, el Banco de España ha establecido que los importes que se deban a acuerdos de refinanciación han de clasificarse como de “riesgo normal” cuando existan elementos que evidencien, de forma objetiva, la probable recuperación del préstamo²⁴.

Por otro lado, a través de un acuerdo de refinanciación la empresa tiene la opción de llevar a cabo una capitalización de créditos, a través de la conversión de deuda en capital, presentando esta opción la ventaja de que los acreedores que hayan capitalizado todo o parte de sus créditos no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado, de forma que no se procederá a la subordinación de su crédito.

²¹ Pulgar, 2014.

²² Art. 92.2: “Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 1. Los socios; 2. Los administradores, de derecho o de hecho”.

²³ Herrera, 2014.

²⁴ Romero et al, 2014.

TERCERA.- SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS

La Ley Concursal, en la sección tercera del capítulo III del título IV (arts. 89 a 93), recoge la clasificación de los créditos establecidos en la lista de acreedores. Por tanto, para el análisis de esta cuestión hemos de situarnos ante un contexto en el que ya se ha iniciado el procedimiento concursal. Además, hemos de acudir también al art. 84, donde se distinguen los créditos contra la masa, que son aquellos generados en el período que media entre la aprobación del convenio y la posterior apertura de la fase de liquidación.

Los hechos relatados exponen la existencia de diversos créditos por los que la entidad ha de responder:

- a) El Banco Popular S.A: crédito financiero.
- b) La compañía mayorista: crédito comercial.
- c) La sociedad Almanzor S.L (500.000 €): crédito comercial.
- d) La Seguridad Social: crédito de derecho público.
- e) Los trabajadores: crédito laboral.
- f) Los propios socios y administradores: crédito financiero.

Se analiza a continuación la calificación de los diversos créditos, dividiéndolos -como se especifica en la LC- en créditos contra la masa, créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, créditos ordinarios y créditos subordinados.

En primer lugar, tendrán la consideración de créditos con privilegio general los créditos de los trabajadores, en la cuantía correspondiente a multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes. El exceso sobre dicha cuantía tendrá la consideración de crédito ordinario. Por otro lado, aquellos que hayan sido generados en los 30 días anteriores a la iniciación del concurso serán créditos contra la masa en una cuantía que no puede superar el doble del salario mínimo interprofesional.

Asimismo, los créditos de derecho público adeudados a la Seguridad Social tendrán también la consideración de créditos con privilegio general.

Por lo que se refiere al crédito adeudado a los propios socios y administradores tendrá la consideración de subordinado, por ser considerados los sujetos como personas especialmente relacionadas. Así lo contempla la LC, en su art. 93.2, al establecer que la simple condición de ser socio de la persona jurídica concursada, cuando tengan una participación significativa en el capital social (el 5 % o el 10 %, según tuviera o no la concursada valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial), o la de ser administradores de derecho o de hecho, producirá la subordinación del crédito de manera automática, con absoluta independencia de cuál sea el origen o causa del crédito, de la intención o ánimo de sus titulares y de cualquier otra circunstancia personal u objetiva.

De esta forma, la LC protege a los acreedores externos a costa de los internos, a los que se penaliza sin analizar la causa u origen de su crédito, aun cuando no existiera ánimo defraudatorio o perjuicio a los intereses de los acreedores, ni una conducta social o jurídicamente reprochable o repudiable [SAP de A Coruña de 23 de mayo de 2011 (AC 2011, 1281)].

Esta subordinación contiene una excepción en el art. 92 estableciendo que no son subordinados “*los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican*”. Sin embargo, en el caso planteado, el acto realizado es un préstamo a la sociedad, por lo que no se contempla la aplicación de la excepción y, además, esta se refiere sólo a los socios, siendo los sujetos que han intervenido en la operación administradores a la par que socios.

Por otro lado, es importante hacer referencia -como se afirmó anteriormente- que si dicho crédito fuera otorgado en el marco de un acuerdo de refinanciación, tendría la consideración de nuevo ingreso de tesorería de forma que se calificarían como créditos contra la masa en el 100% de su importe.

Por lo que se refiere al resto de los créditos, tendrán la consideración de créditos ordinarios según lo dispuesto en el art. 89.3 LC.

CUARTA.- SOBRE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN

Las acciones de reintegración se encuentran reguladas por el art. 71 LC, estableciendo dicho artículo que “*declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*”

Así, el articulado prevé tres requisitos para la rescisión de un acto: uno temporal -dos años anteriores a la declaración de concurso-, otro subjetivo -que los actos los haya realizado el deudor- y un requisito objetivo -la noción de perjuicio-.

I. El concepto de perjuicio

La principal dificultad a la hora de analizar la reintegración la encontramos en el concepto de perjuicio. El perjuicio para la masa activa es un concepto jurídico indeterminado que la Ley no define. Al referirse a él, el art. 71 alude a perjuicio “*para la masa activa*”. Sin embargo, la doctrina²⁵ diferencia dos interpretaciones distintas de esta noción:

En primer lugar, un concepto de perjuicio estricto, de forma que solo considera la existencia de perjuicio si el acto ha supuesto una salida de un activo del deudor o una disminución del valor del mismo. En segundo lugar, un concepto amplio, de forma que se considera que el perjuicio puede derivar tanto de una disminución del valor del activo del deudor, como de una alteración no justificada de la *par condicio creditorum*. Sin embargo, perjuicio y alteración de la *par condicio creditorum* no son siempre coincidentes.

²⁵ Yáñez, 2014.

La misma idea es seguida por la doctrina jurisprudencial. La SAP de A Coruña de 9 diciembre de 2013 (AC 2013, 2296) señala que *“los actos del deudor que implican una disminución injustificada de su patrimonio caen en el régimen de la reintegración. Sin embargo, ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum”*. La sentencia hace referencia a su vez a las SSTs de 26 de octubre (RJ 2012, 10415) y 8 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 901).

A lo largo de dichas sentencias podemos ver cómo el Tribunal alude a que, aunque el perjuicio guarda relación con el principio de paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par condicio creditorum*, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficiencia de todo acto realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso que conduzca a una variación en la composición de la masa. Sin embargo la regla general queda limitada en determinadas circunstancias que privan de justificación algunos pagos en la medida que vulneran la paridad de trato de los acreedores.

Estas circunstancias, recogidas a lo largo de diferentes sentencias judiciales, se refieren a aquellos casos en que los pagos se hicieran cuando el deudor estuviera en situación de insolvencia o se encontrara en un momento próximo a la solicitud de concurso, o cuando el pago se haga atendiendo a la condición de acreedor beneficiario.

La misma idea se mantiene en la SAP de Baleares de 22 de enero de 2014 (JUR 2014, 48812):

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

Por otro lado, la LC enumera una serie de supuestos en los que el pago no da lugar a la reintegración. Así, se establece que no cabe la acción de reintegración en los *“actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales”*.

Respecto a ello, la STS 26 octubre 2012 (RJ 2012, 10415) considera que el acto impugnado no puede ser tenido como realizado en condiciones normales en aquellos casos en que, por el momento en que aconteció, cabe presumir que ya concurría en el deudor la situación de insolvencia que después le llevó a ser declarado judicialmente en concurso de acreedores, *“pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto”*.

Asimismo, la SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 (AC 2009, 1161), afirma que

“el concepto de normalidad no puede quedar reducido al de equilibrio en las prestaciones de las partes o al de pago en condiciones de mercado. Es necesario analizar el momento y contexto en que se realizan los actos susceptibles de rescisión. Para ello, debe examinarse la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio”.

Así, en aquellos casos en los que el pago se haga en un momento en el que la empresa ya se encontraba en situación de insolvencia, la acción de reintegración podrá ser ejercitada con éxito, pues las condiciones en las que se realiza el pago no son consideradas “normales”.

Además, y atendiendo al concepto de perjuicio, el elemento intencional es irrelevante. Así lo expresa la SAP de Málaga de 9 diciembre de 2009 (AC 2010, 1302) estableciendo que *“para que la acción rescisoria ejercitada prospere solo se exige que la actora pruebe que el acto que pretende rescindir es perjudicial para la masa activa, siendo indiferente a estos efectos que la parte que contrató con la concursada haya actuado o no con buena fe, pues esta circunstancia solo será relevante respecto de lo que haya de devolver (art. 73.2) o a la calificación de su crédito (art. 73.3)”*.

II. Sobre la cercanía a la situación de concurso o la situación de insolvencia

La STS de 24 de julio de 2007 (RJ 2007, 4707) argumenta que el deudor tiene, en principio, libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del art. 1292 CC. Sin embargo, dicha libertad se ve limitada cuando resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de determinados actos).

Asimismo, la SJM de Madrid de 21 de enero de 2014 (JUR 2014, 110742) establece que

“para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración la acción puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobrepasado el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa.”

De este modo, el factor clave a analizar es si la empresa se encontraba en situación de insolvencia en el momento de realizar el pago -factor que puede venir

determinado por el hecho de que el deudor solicita posteriormente el concurso-. Así, en el supuesto objeto de estudio el pago se produce siete meses antes de que el deudor haya solicitado el concurso voluntario, y en un momento posterior a que el acreedor instara el concurso, si bien lo hace sin pagar la correspondiente tasa judicial, de forma que, ante el pago por parte del deudor, el acreedor ya no subsana la falta de pago de la tasa, con lo que el concurso no llega a iniciarse.

En relación a ello, la STS de 26 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10415), versa sobre la interpretación del art. 71 LC en relación con los pagos realizados por el deudor concursado en un tiempo relativamente próximo a la declaración de concurso. El recurso se basa en la negativa a que el pago realizado por la concursada era perjudicial para la masa, por una genérica vulneración de la *par condicio creditorum*. El recurso sostiene que el pago no ocasionó ningún sacrificio patrimonial injustificado, pues era debido, vencido y exigible; y, en todo caso, este pago debe ser considerado un acto ordinario de la actividad económica de la deudora concursada, que fue realizado en condiciones normales, a los efectos previstos en el apartado 5 del art. 71 LC, que excluye estos actos de la rescisión concursal.

Así, la sentencia hace referencia a que el pago realizado -tras instar el concurso el acreedor- que, en principio, sería válido, al ser debido y exigible, se ve afectado por que, no mucho más tarde (antes de que pasaran tres meses), la propia deudora solicitó su propio concurso de acreedores, que fue declarado con la consideración de necesario, pues el art. 22.2 LC prevé que el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, *“en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiere presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiere desistido”*.

La misma sentencia añade que *“detrás de esta consideración legal se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió”*. Argumenta además que *“no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues está reconocido que el pago del crédito se hizo después de que la acreedora hubiera solicitado su concurso de acreedores, para conseguir el desistimiento, y sin que ello evitara que al cabo de pocas semanas se volviera a pedir el concurso, esta vez a instancia de la propia deudora”*.

Una situación similar al supuesto que se plantea, fue analizada en la SAP de A Coruña de 9 diciembre de 2013 (AC 2013, 2296). En este caso el acreedor, el 31 de julio de 2012, promueve la declaración del concurso necesario del deudor y lo hace sin abonar la tasa correspondiente, *“sin duda como elemento de presión”*, argumenta la sentencia. El deudor, el 11 de enero siguiente, es decir cuatro meses después del pago cuya rescisión se pretende, solicita el concurso de acreedores. A partir de los datos expuestos en el informe de la administración concursal el tribunal llega a la conclusión de que no solo cuando se efectuó el pago litigioso el deudor se encontraba en situación de insolvencia concursal con una pluralidad de acreedores incluso con créditos preferentes, sino que la situación de insolvencia se manifestaba ya al tiempo de efectuar el pago, fruto o consecuencia de la previa presentación de un procedimiento de concurso necesario del que se desiste.

La misma idea se mantiene en la SJM de Madrid de 21 de enero de 2014 (JUR 2014, 110742) en la que los pagos impugnados son objeto reintegración debido a la cercanía de la solicitud de concurso voluntario -tres semanas después de realizarse el pago-.

En el caso a analizar, el concurso voluntario se presenta siete meses después de que el acreedor hubiera desistido tras instar el concurso necesario. Esta distancia es más bien relativa, y por supuesto, excede de los tres meses que prevé el art. 22.2 para considerar el concurso como necesario si ha sido instado anteriormente por un acreedor.

En la SAP de Baleares de 22 de enero de 2014 (JUR 2014, 48812) se presenta un caso similar en el que la cercanía a la solicitud del concurso es de unos seis meses. En este caso, se establece que la cercanía es más bien relativa, debido a que nos encontramos ante un periodo de tiempo suficientemente laxo sobre todo si se tiene en cuenta que en años anteriores la dinámica de operaciones de pago entre las mismas partes era similar, por lo que se mantiene en parámetros de normalidad. Así añade que

“la sola condición del deudor que recibe unos pagos habituales entre las partes, que responden a operaciones comerciales ordinarias, más allá de seis meses antes de que se solicite el concurso, es insuficiente para enervar la prohibición de rescisión de los actos ordinarios de la actividad empresarial”.

De este modo, hemos de concluir que, con los datos facilitados en el supuesto, no podemos determinar si el pago puede ser objeto de reintegración. De este modo deberíamos determinar si la empresa en el momento de realizar el pago se encontraba en situación de insolvencia, de forma que sí que cabría la reintegración. Pero, como apuntábamos en la “CONSIDERACIÓN PRIMERA”, para analizar la situación de insolvencia se necesitan más datos de la situación de la empresa.

III. Otros aspectos a tener en consideración

El primer aspecto a tener en cuenta es el hecho de que el acreedor no ha pagado la tasa judicial correspondiente. La Ley 10/ 2012 de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, determina -a sensu contrario- aquellos supuestos en las que el pago de la tasa judicial es obligatorio. Así, en su art. 4 relaciona los casos en que el pago de la tasa está exento. Por tanto, acudiendo a dicho artículo podemos comprobar el carácter obligatorio del pago en el supuesto planteado²⁶.

El art. 8.2 de dicha Ley dispone que en el caso de que no se acompañase el justificante del pago de la tasa, el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte en el plazo de diez días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente *“continuación o finalización del procedimiento, según proceda”*.

De este modo, a diferencia de lo que sucedía anteriormente²⁷, la Ley 10/2012 se ha promulgado con el expreso deseo de atribuirle efectos procesales al impago de la tasa

²⁶ Mientras que el pago de la tasa en el concurso necesario es obligatorio, cuando este tiene la consideración de voluntario, el pago está exento atendiendo al apartado c) del art. 4 de la Ley 10/2012 de 20 de noviembre.

²⁷ La STS de 5 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3584) indicaba que no dar trámite al escrito presentado al no haberse verificado el pago de la tasa en el plazo de subsanación suponía una vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y debía ser la Hacienda quien se encargara del cobro de dicha tasa ante la rebeldía del obligado.

atendiendo a la STC de 1 de octubre de 2012 (RTC 2012, 164), tal y como se explica en la Exposición de Motivos de la Ley²⁸.

Así, las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional [Sentencias de 4 de junio de 2012 (RTC 2012, 115 y RTC 2012, 116) y 1 de octubre de 2012 (RTC 2012, 164)] suponen la modificación de la doctrina existente hasta la fecha, considerando que el pago de la tasa está estrechamente ligado al deber del justiciable a efectos procesales puesto que desatender el deber de pago de la tasa “dañaría la integridad del proceso judicial, dado que generaría un número indeterminado de procesos suspendidos sine die por factores completamente ajenos a la mejor administración de justicia”. De este modo, procede al archivo de las actuaciones por no haberse verificado el pago de la tasa judicial en el plazo concedido para la subsanación, perdiéndose los derechos procesales y jurídicos inherentes.

Sin embargo, una posterior sentencia del TSJ de Cataluña [STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2014 (JUR 2014, 91876)], se aparta de dicha doctrina estableciendo que

“el derecho de todas las personas, consagrado ya en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, determina la imposibilidad de que el impago total o parcial de cualquier tasa pueda impedir por sí solo el acceso del interesado a aquella tutela a través de la promoción del correspondiente proceso o recurso, o al trámite y resolución de cualesquiera escritos presentados en su seno, siempre sin perjuicio de que la falta de presentación de la correspondiente autoliquidación, siendo exigible, pudiera ser comunicada, a los efectos procedentes, al organismo administrativo encargado de la gestión de la indicada tasa”.

Así, esta última sentencia defiende que el impago de la tasa no tendría por qué paralizar el procedimiento, sino que podría únicamente provocar la comunicación del Secretario Judicial a la Hacienda para que ésta procediera a exigir el pago de la tasa judicial con las consecuencias tributarias inherentes a la falta de pago en plazo, pudiendo continuar el procedimiento judicial su cauce ordinario.

Si bien, siguiendo cualquiera de las dos doctrinas establecidas, en el caso planteado, parece obvio que el acreedor desiste totalmente del procedimiento al haber sido satisfecho su crédito, de forma que la acción decae.

Por último, otra cuestión a tener en consideración es que el acreedor, para poder instar la declaración de concurso, ha de fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio, de forma que, como señala la SAP de Las Palmas de 21 de abril de 2008 (JUR 2008, 197191),

“el Juzgado de lo Mercantil inadmitió a trámite la solicitud de declaración de concurso necesitando razonando que el acreedor no presenta título alguno por el que se haya despachado ejecución. Por el contrario las deudas que se reclaman proceden de facturas del año 2003, sin que durante todo ese tiempo la parte solicitante haya entablado acción alguna para obtener el pago

²⁸ Martínez, 2012.

de su crédito, acudiendo sin más a la solicitud de declaración de concurso necesario para tratar de obtener por esta vía y en el acto de la vista prevista en el artículo 19 de la Ley Concursal el pago de lo que se dice adeudado, todo ello sin justificación de los requisitos previstos en el artículo 2.4 de la Ley Concursal”.

De este modo, si la sociedad Almanzor no basa su solicitud en un título por el que se haya despachado ejecución, la solicitud sería inadmitida.

QUINTA.- SOBRE LA POSIBILIDAD DE ANULAR EL ACUERDO SOCIAL Y LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES

La primera consideración que hemos de hacer al respecto es que los hechos objeto de estudio sucedieron en el año 2008 por lo que la ley aplicable al caso es la LSA, así como el CP en vigor en dicho momento. Haremos el estudio atendiendo a dichas leyes, analizando también la legislación vigente actualmente.

La impugnación de acuerdos sociales viene recogida en el art. 115 LSA²⁹ estableciendo que son impugnables “*los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*” y añadiendo que son nulos aquellos “*contrarios a la ley*”, siendo los demás anulables. De esta forma, lo primero a determinar es qué norma contradice la falsificación del acta de celebración de una junta universal a través de la firma de una de las socias.

En primer lugar es necesario hacer referencia al tipo de documento ante el que nos encontramos. Así, como señala la SAP de Segovia de 15 de mayo de 1998 (ARP 1998, 2623) en relación con la STS de 19 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9380), las actas de la junta tienen la consideración de documentos mercantiles “*por ser propias del tráfico mercantil en cuanto recogen una operación de comercio, tienen validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter y sirven para demostrarla*”.

Asimismo la SAP de Barcelona de 27 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 80116) establece que “*es reiterada la Jurisprudencia que declara que las certificaciones de realización de Juntas de la sociedad que en realidad no se habían celebrado, recaídas sobre actividades de una entidad mercantil, son indudablemente documentos mercantiles*”.

I. Sobre los delitos cometidos

Así, una vez determinado el carácter mercantil del documento hemos de acudir al art. 392 del Código Penal, relativo a las falsedades en documento público, oficial o mercantil. Dicho artículo se refiere a su vez a los mismos supuestos tipificados en el art. 390 pero, mientras que el art. 390 hace referencia a autoridad o funcionario público, el art. 392 se refiere a la realización de la conducta por particulares.

²⁹ Art. 204 LSC.

En relación al mismo, la STS de 4 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5597) establece que para apreciar el delito de falsedades documentales penales típicas es precisa la concurrencia de cuatro elementos. En primer lugar, un elemento objetivo o material, consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal. En segundo lugar, que dicha mutación afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas. En tercer lugar, un elemento subjetivo, consistente en la concurrencia de dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad. Por último, para la existencia de la falsedad documental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la mutación de la verdad varíe la esencia, la sustancia o la genuinidad del documento en sus extremos esenciales.

Dentro de los supuestos contemplados en el artículo existen dos apartados que pueden corresponder con los hechos. El primero es el apartado segundo, que elude a la simulación de un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. El segundo supuesto lo constituye el apartado tercero, que hace referencia a la suposición en un acto de la intervención de personas que no la han tenido, o la atribución a las que han intervenido en él de declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

La principal diferencia entre los dos supuestos es que mientras en el tercer apartado el acto se ha celebrado pero falsean la intervención de personas que no habían participado, en el segundo apartado, el acto en sí no ha tenido lugar. Así lo señala la STS de 2 de abril de 2013 (RJ 2013, 6695), al establecer que el apartado 2 se refiere a aquellos *“supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad de alguno de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente”*.

En el caso planteado, nos encontramos ante la falsificación por parte de un socio y administrador de la firma del otro socio de la entidad. Tales hechos vulneran el art. 392 en relación con el 390.2, pues el acto en sí mismo -la celebración de la junta- no parece haber tenido lugar.

Otro artículo a tener en consideración es el 292 CP, el cual considera hecho delictivo las conductas realizadas por aquellos que impongan o se aprovechen *“para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito”*.

Sin embargo, se entiende que este artículo debe ser descartado pues, como afirma la jurisprudencia³⁰, en el supuesto de simulación de una junta no se ha manipulado *“stricto sensu”* el proceso de formación de la voluntad social, sino que ni siquiera ha existido tal proceso. De esta forma, el origen del peligro para el patrimonio no es un acuerdo manipulado, sino un acuerdo falso.³¹

³⁰ SAP de Barcelona de 27 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 80116).

³¹ Ortiz, 2011.

Por otro lado, el contenido del acuerdo aprobado de forma ilegal, era el establecimiento de una retribución a favor de uno de los administradores. De esta forma, el administrador había venido percibiendo, durante casi seis años, una retribución ascendente a 200.000€ anuales sin que nada se estableciera al respecto en los estatutos. En relación a ello, el art. 130³² LSA establece que *“la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos”*. Por tanto, y como señala la SAP de Tenerife de 10 de septiembre de 2013, *“la percepción por la administradora de las cantidades señaladas es un acto ilegal, contrario a los estatutos y culpable que ocasiona, en adecuada relación causal, un daño a la sociedad, pues en el mismo importe que recibe y se ve beneficiada, disminuye correlativamente el patrimonio de la sociedad que se ve perjudicada por ello.”*

Al no estar recogido en los estatutos, la retribución del administrador es un acto contrario a la legislación aplicable. Una alternativa en la que dicha remuneración pudiera ser válida sería a través del establecimiento de una relación contractual en atención a que las funciones realizadas por el administrador rebasan las propias de las atribuidas a estos. Así lo señala la sentencia de 24 de abril de 2007 (RJ 2007, 2418) estableciendo que *“para que el régimen estatutario de la retribución de los administradores pueda ser eludido con un contrato, es necesario que las facultades y funciones atribuidas en él al administrador rebasen las propias de los administradores, ya que admitir otra cosa significaría la burla del mandato contenido en el artículo 130, mediante el rodeo propio del fraus legis”*. La misma idea se establece en la sentencia de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6816) argumentando que *“de otro modo, el contrato de alta dirección no sería más que una forma de encubrir la remuneración como consejero, sin estar prevista en los estatutos”*. Sin embargo en el caso planteado no son estos los hechos que acontecieron.

Por otro lado, aún en el supuesto de que el acuerdo fuera aprobado de forma válida -por ejemplo a través de la modificación del régimen retributivo en los estatutos, eliminando la gratuidad previa- podría llegar a ser contrario al interés social atendiendo a la situación económica de la sociedad y la necesidad y entidad de las funciones desempeñadas por el administrador (SAP Pontevedra de 8 de enero de 2013 (JUR 2013, 40626). Así la sentencia señala que podrá lesionar el interés social *“un acuerdo que fije una retribución claramente desproporcionada en relación con los beneficios de la empresa, de suerte que dicha partida absorba en su mayor parte aquella cifra, o resulte injustificada en relación con la evolución económica de la sociedad, como sucedería, por ejemplo, si en una situación de pérdidas, o en una evolución claramente desfavorable de las magnitudes que se integran en la cuenta de resultados, se produjera un aumento excesivo de la retribución a percibir por el administrador.”*

De este modo, como señala la STS de 25 de junio de 2012 (RJ 2012, 8853), *“los administradores societarios deban responder frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de las cantidades percibidas cuando se trate de las llamadas “remuneraciones tóxicas” contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la ética social.”*

³² Actualmente art. 217.1 LSC: *“el cargo de administrador es gratuito, a menos que en los estatutos sociales se establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución”*.

Por otro lado, la conducta podría constituir una actuación contraria al art. 295 CP³³, debido a que el administrador “*está percibiendo retribuciones no amparadas por los estatutos sociales o acuerdos de la asamblea de socios o órgano de administración*”³⁴.

Asimismo, la SAP de Valladolid de 30 de marzo de 2005 (JUR 2005, 89151), lo establece a sensu contrario. Dicha sentencia no considera que exista administración desleal en la retribución percibida por el administrador por venir fijado en los estatutos el carácter retribuido del puesto.

Una dificultad que pudiera aparecer a la hora de valorar la conducta de administración desleal es diferenciar esta del delito apropiación indebida (art. 252 CP). Atendiendo a la STS de 11 de julio de 2005 (RJ 2005, 5418) si la conducta se lleva a cabo dentro de las facultades atribuidas al administrador, el sujeto incurriría en un delito de administración desleal; en caso de apartarse de las funciones atribuidas al cargo el delito sería de apropiación indebida.

Asimismo, la STS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1196) -caso Argentina Trust-, hace referencia a que el sujeto cometió un delito de apropiación indebida por “*disponer de los bienes que le correspondía administrar sin dar ninguna respuesta apropiada y coherente sobre su uso*”

En relación al delito de apropiación indebida, la STS de 11 de julio de 2005 -anteriormente referenciada-, distingue dos etapas.

“En la primera, el autor, de forma lícita recibe en calidad de depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, o en la dicción del artículo 252, además, valores o cualquier activo patrimonial. Esta recepción se caracteriza por venir acompañada de una finalidad específica de devolución de lo entregado, o bien de proceder a darle un destino determinado, finalidad que queda concretada en los términos del título que justifica la recepción. En la segunda fase, el autor transforma esta situación legítima en disposición ilegítima, bien apropiándose de los bienes recibidos o bien disponiendo de ellos más allá de lo autorizado, incumpliendo así la finalidad derivada del título por el que los recibió”.

La misma sentencia hace referencia a la diferencia existente entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal. Este último tipifica la conducta llevada a cabo por los administradores que realicen una serie de actuaciones “*causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo*”. De este modo, el administrador “*actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los*

³³ Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

³⁴ De la Calle, 2011.

bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico”. Como señala la sentencia, el exceso que comete es *intensivo*, pues su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas.

Por el contrario, la apropiación indebida supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero, de forma que estamos ante una actuación fuera de lo que el título de recepción permite.

Así, entendemos que en el caso planteado nos encontramos ante este último delito pues el administrador realiza su actuación fuera de sus facultades utilizando el dinero de la sociedad para un fin distinto al determinado dentro de las funciones encomendadas al administrador, pues como se señaló anteriormente, los estatutos no prevén retribución alguna del cargo.

II. Sobre la impugnación del acuerdo

Así, una vez analizada la existencia de infracción penal en la aprobación del acuerdo hemos de analizar si cabe la impugnación de dicho acto. La falsificación de la junta universal tuvo lugar en septiembre de 2008 y no es hasta 2014 cuando la otra administradora se percató de dicho acuerdo.

El art. 116 LSA³⁵, establece el plazo de caducidad de la acción de impugnación. Así, para el caso de los acuerdos nulos, este será de un año, si bien aquellos acuerdos cuyo contenido sea contrario al orden público no tendrán plazo de caducidad.

El concepto de orden público, en el área de los acuerdos sociales pertenece al de los denominados indeterminados, y que, en general, se aplica a acuerdos, convenios o negocios, que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, los accionistas minoritarios e, incluso, los terceros, pero siempre con la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 de la Constitución [STS de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1600), en relación con STS de 18 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3934)].

El concepto de orden público se ha visto modificado a lo largo de los años por la jurisprudencia. Así sentencias como la STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6829) o la STS de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2421) contemplan un carácter más restrictivo de orden público, afirmando -al referirse a la falsificación de una junta universal- que *“los acuerdos impugnados en modo alguno resultaban contrarios al orden público por su causa o contenido y, en consecuencia, que la acción de impugnación ejercitada en la demanda había caducado conforme al artículo 116.1 LSA por haber transcurrido casi tres años desde su inscripción en el Registro Mercantil”*.

Sin embargo, dicha línea jurisprudencial ha ido variando en los últimos años, de forma que en la actualidad se recoge dentro del concepto de *“contrario al orden público”* la simulación de la celebración de una junta universal. Así se pone de manifiesto en la STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608), estableciendo que *“crear la apariencia de una Junta Universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca a los más*

³⁵ Art. 205 LSC.

elementales principios de la vida social”, añadiendo el TS en su sentencia que “cualquiera que sea la concepción que se acoja, no puede entenderse que el orden público resulte indemne a actos falsarios que, además, vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable; es absolutamente incompatible al orden público con la falsaria simulación formal que pretende encubrir la mutilación radical de un derecho societario”.

Por último, la STS de 19 de abril de 2010 (RJ 2010, 3538) mantiene que “*la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 LSA³⁶ -la presencia de todo el capital- se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público (...) con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados (...) ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron.*” De esta forma, la última doctrina jurisprudencial omite el análisis del contenido de los acuerdos establecidos en la junta siendo solamente necesaria infracción en la forma de la propia junta universal.

Por tanto, la jurisprudencia más reciente considera contraria al orden público la falsificación de una junta universal. De esta forma, la acción de impugnación no está sujeta a plazo de caducidad alguno, por lo que el acuerdo es susceptible de impugnación.

De este modo la socia afectada tendría dos alternativas posibles:

- a) Acudir a la jurisdicción penal por infracción de los art. 392 en relación con el 390.2 y el art. 252, acumulando esta acción con la acción de responsabilidad civil ex delicto. Atendiendo a la STS de 29 de octubre de 2010 (RJ 2010, 8194), el concurso entre ambos delitos sería medial, y por tanto, al ser el delito de falsedad documental instrumento necesario para la apropiación indebida, no prescribe el delito de falsedad documental si no ha prescrito el de apropiación indebida [STS de 21 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9436)]. Este último no ha prescrito todavía por tener la consideración de delito continuado³⁷. Además, el delito de apropiación indebida podrá ser apreciado en su modalidad agravada por ser el valor de lo apropiado superior a 50.000 o por su especial gravedad, atendiendo a la situación económica en la que se encontraba la empresa.
- b) Acudir a la jurisdicción civil para pedir la impugnación del acuerdo del año 2008 y la correspondiente responsabilidad del administrador por los hechos realizados (art. 133 LSA).

De igual modo, la acción de responsabilidad podrá ser entablada por la propia sociedad (art. 134.2 LSA³⁸) o por los acreedores de esta cuando no haya sido ejercitada

³⁶ Art. 236 LSC.

³⁷ Art. 132.1 CP.

³⁸ Art. 238 LSC.

por la sociedad o sus accionistas y siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art 134.5 LSA³⁹).

III. Sobre el comportamiento de la otra administradora

Ahora bien, como señala el relato fáctico del caso planteado, la otra administradora solidaria, Nélica González, se percata de la falsificación del acta seis años después “*al volcarse en mayor medida en la administración de la sociedad*”, de forma que parece que durante esos años la administradora incumplió sus deberes de diligencia.

Dentro del régimen aplicable a los administradores de sociedades, la diligencia aparece como uno de los deberes fundamentales en el art. 127 LSA⁴⁰. Conforme a dicho precepto, actúa de forma diligente el administrador cuya conducta se asimila a la de un ordenado empresario. La segunda referencia especificada en dicho artículo considera, dentro del concepto de diligencia, el deber de informarse de la marcha de la sociedad. “*Sería diligente todo administrador que, en lugar de permanecer sentado y como un sujeto pasivo que depende de la información que le faciliten otros consejeros o directivos, actúa realmente de una manera activa en búsqueda de una información que permita cumplir de una manera adecuada su responsabilidad*”⁴¹. Así, este deber de información exige a los administradores que dediquen tiempo, esfuerzo y formación previa para un adecuado desempeño del cargo. La falta de atención no puede ser suficiente para operar una causa de exoneración de responsabilidad⁴².

Por tanto, cuando un administrador no cumple dichos deberes y con sus actos u omisiones da lugar a un daño o perjuicio para la sociedad, el administrador ha de responder por ello atendiendo al art. 133 LSA.

Por otro lado, siguiendo a la STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4482) la administradora, con sus actos, podría incurrir en un delito de apropiación indebida, en la modalidad de comisión por omisión. La sentencia abre la posibilidad de exigir responsabilidad penal a los administradores por vía de la previsión del artículo 225.2 LSC (antiguo artículo 127.2 LSA), es decir, la obligación, a la que hacíamos anteriormente referencia, de “*informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad*”. De este modo, la sentencia alude a que

“los deberes que incumbían a los recurrentes se satisfacían con desempeñar sus propias conductas de forma correcta y con informarse de la marcha de la sociedad, pero no contenían una especial obligación de vigilancia de las actuaciones de los demás miembros del Consejo que alcanzara a todos los aspectos de su conducta e incluyera los delitos cometidos aprovechando sus actividades legales. Nada indica que el cumplimiento de aquellos deberes pudiera haber conducido al conocimiento de las actuaciones delictivas del coacusado, pues actuaba con apariencia de licitud y solo de forma oculta procedía a hacer suyas las cantidades recibidas.”

³⁹ Art. 240 LSC.

⁴⁰ Art. 225 LSC

⁴¹ Sánchez-Calero, 2011.

⁴² Hernando, 2009.

De este modo, la sentencia plantea si es posible “*hacer equivalente al conocimiento seguido de la omisión, la situación de quien no sabe a consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones*”. En respuesta a ello establece que para hacer tal equivalencia sería necesario que el deber de vigilancia se extienda a la conducta delictiva. Así, el tribunal afirma que en el caso analizado,

“no puede establecerse que de la condición de miembros del Consejo de Administración se desprenda una obligación de vigilar, de tal amplitud, que comprenda cualquier actividad delictiva que pudieran cometer los demás consejeros y que tuviera cualquier clase (...) y no se precisa ningún dato que hubiera podido indicar a los recurrentes que el coacusado aprovechaba la actividad de la sociedad para delinquir en su propio provecho, perjudicando tanto a la sociedad como a los socios”. Añadiendo que “el conocimiento del balance no implica el de la actividad delictiva”. Dicho de otra forma, “en la información ordinariamente disponible sobre la marcha de la sociedad, de la que los miembros del Consejo deben informarse diligentemente, no tenía que aparecer necesariamente nada que indicara la existencia de la acción delictiva”.

De esta forma, a *sensu contrario* y para el caso planteado, cabría argumentar que la administradora, si realizara su labor de forma diligente, se habría percatado de la existencia del acta de una junta universal falseada, así como de la contabilización en las cuentas anuales de una retribución al otro administrador durante todos los meses del período comprendido entre los años 2008 y 2014 -información ordinariamente disponible sobre la marcha de la sociedad-, y por tanto, podría incurrir en el delito referido.

SEXTA.- SOBRE LAS ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LOS TRABAJADORES

La Ley 3/1991 de Competencia Desleal establece distintos casos en los que se considera que un determinado comportamiento o acto afecta a la competencia, teniendo la consideración de desleal. Dicha consideración es analizada en la STS de 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4634), estableciendo que un comportamiento “*no es leal cuando, sin más, se contraviene la buena fe en ese mercado concurrente, o se actúe vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno o se consigan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de lo así conseguido por los demás*”.

Pero, en primer lugar, para que exista acto de competencia desleal se necesita la concurrencia de dos requisitos previstos en el párrafo primero del art. 2: “*que el acto se realice en el mercado*”, es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa, y “*que se lleve a cabo con fines concurrenciales*”, de modo que ha de tener como finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

Así, una vez determinado el cumplimiento de ambas condiciones en los hechos expuestos, podrían existir diversos preceptos de dicha Ley que pudieran encajar en el supuesto planteado.

En primer lugar, la Ley de Competencia Desleal, prevé en su art. 4 una cláusula general de comportamiento desleal que permite la inclusión de aquellas conductas no recogidas en los supuestos tipificados expresamente [STS de 7 de junio de 2000 (RJ 2000, 5097)]. De este modo la citada cláusula establece que “*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. La STS de 1 de junio de 2010 (RJ 2010, 2662) concreta dicho concepto de buena fe, estableciendo que se verá infringido cuando:

“se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado, pues la buena fe, legalmente contemplada, no es sino la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico jurídico”

En segundo lugar, la Ley, en su art. 14, califica como desleal aquellas conductas que induzcan “*a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores*”. Así, para que el art. 14 se vea vulnerado se requiere la existencia de una relación contractual. Concurriendo tal requisito, el sujeto ha de ejercitar la inducción con el objetivo de que el sujeto pasivo infrinja los deberes contractuales básicos derivados de la relación contractual con su empleador.

Añade además que, “*la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.”*

Así, tras la anterior introducción a los posibles preceptos afectados, se analiza a continuación si la conducta realizada por los trabajadores podría calificarse como desleal atendiendo a alguno de los artículos anteriores.

I. Sobre la constitución de una nueva empresa y abandono de su puesto de trabajo

Para determinar la existencia de una conducta desleal, el primer comportamiento a analizar es la constitución por parte de los trabajadores de una empresa dedicada al mismo objeto que la entidad para la que trabajaban hasta entonces. Dicho acto, por sí solo, no puede considerarse desleal atendiendo al principio económico a la libre competencia y a la libertad de empresa regulada constitucionalmente⁴³. Así, cualquier trabajador puede abandonar su puesto de trabajo y desarrollar una actividad en otra empresa o en una propia, por muy similar que sea la actividad realizada. El art. 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, recoge dicho derecho de dimisión en el trabajo⁴⁴.

⁴³ Art. 38 CE

⁴⁴ Art. 49.1.d): El contrato de trabajo se extinguirá: por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

Estas libertades de libre competencia y de empresa, solo podrían verse afectadas en caso de existir en el contrato una cláusula de pacto de no competencia (art. 21.2 ET); sin embargo en los hechos expuestos nada se dice respecto de la existencia de dicha cláusula.

Así lo expresa la STS de 28 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8889), en relación con la STS de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7323), estableciendo que:

“hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, uno y otro de acuerdo con la Ley, con las limitaciones que ésta pueda imponer. La sociedad demandante y recurrente en casación no puede impedir a un empleado suyo que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado: no había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena; tampoco puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya”.

El inicio de una nueva actividad por parte de un antiguo trabajador no parece, en principio, que pueda considerarse como contraria a la competencia; sin embargo, hemos de analizar si dicho comportamiento se contrapone a la exigencia de buena fe recogida en la cláusula general del art. 4 de la Ley. Así, como señala la SAP de Badajoz de 12 de noviembre de 2002 (AC 2002, 1726), la constitución de un nuevo negocio no es contrario a la buena fe cuando la entidad no inicie su actividad en el mercado hasta que sus socios (que eran trabajadores de una empresa anterior) se dieran de baja en su anterior empresa y, además, no ocultasen el nuevo proyecto empresarial, hechos que no parecen acontecer en el caso expuesto.

Un aspecto que podría dar lugar a que la conducta se considerara desleal es la inexistencia de preaviso al abandonar la sociedad. Como establecíamos anteriormente, en atención al art. 14 LCD se considera desleal aquella conducta que induzca *“a infringir los deberes contractuales básicos”*; por tanto, en el caso de considerar como un deber básico la comunicación al empresario de su decisión de abandonar la empresa, el hecho de no existir comunicación daría lugar a un comportamiento contrario a la competencia. Sin embargo, a este respecto, la STS de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3603), no considera como básico el deber de comunicar con antelación el abandono de la sociedad *“al no estar explícitamente previsto como tal en el art. 5 del Estatuto de los trabajadores”*.

El art. 5 ET recoge una serie de supuestos considerados como deberes básicos, incluyendo como cláusula de cierre *“cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo”*. Por tanto, deberíamos acudir al contrato de trabajo de dichos trabajadores para ver si el preaviso se establece como un deber básico –de forma que el comportamiento sería contrario al art. 14 LCD- o no lo estableciera como tal –siendo la conducta realizada leal- Pero además, en el caso planteado no parece que haya inducción de unos trabajadores a otros, sino que todos ellos se marchan de forma conjunta.

II. Sobre la captación de clientes

El segundo comportamiento objeto de estudio es el intento de captación por parte de la nueva empresa de los clientes de la sociedad que abandonaron. Cada empresario tiene derecho a ampliar el ámbito de sus negocios y el círculo de sus clientes, aunque con ello perjudique a otros, pero la ley procura que esa competencia no se desarrolle de modo incorrecto en perjuicio del mercado [SAP de Baleares de 2012 (AC 2013, 612)].

Para determinar si la conducta de captación de clientela llevada a cabo es leal, debemos de partir de la idea de que sobre la clientela no existe derecho de exclusiva alguno. Así lo expone la STS de 8 de junio de 2009 (RJ 2009, 4573), afirmando que

“si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho de empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor”.

Por tanto, la deslealtad, en caso de existir, vendrá dada por las circunstancias que rodean el comportamiento. A este efecto, la jurisprudencia resalta que la atracción o captación de la clientela ajena no ha de efectuarse de forma incorrecta o irregular, con alteración de la estructura competitiva o el normal funcionamiento del mercado [STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262)].

Al respecto, la SAP de Badajoz de 12 de noviembre de 2002 (AC 2002,1726), en referencia a la SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000 (AC 2001, 1354), establece que:

“no existe infracción de la Ley 3/1991 en los casos de inexistencia de captación torticera de clientes por parte de un antiguo empleado de una empresa que decide instalarse por su cuenta pues lo contrario conduciría a una vinculación esencial e imprescindible de la empresa con sus trabajadores o colaboradores de modo que éstos no pudieran establecerse por su cuenta (...) o prestar, a su conveniencia, sus servicios en otra, y conduciría a una prohibida restricción de la libertad de empresa y de competencia, cuando con tales actuaciones no se viola ningún derecho de los empresarios concurrentes”.

En la misma línea, la SAP de Madrid de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005, 187200), hace referencia a que:

“la captación de los clientes de la antigua empresa ha de considerarse lícito, a menos que ello tenga lugar no por méritos propios sino provocando confusión o engaño en los clientes o bien haciendo uso de información que le fue facilitada en razón exclusivamente del mejor desempeño de sus concretas funciones en la empresa por ser ello contrario a la buena fe prevista en el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal, en consonancia con el principio general del art. 7 del código civil.”

Por tanto, hemos de analizar si la forma de realizar la captación incumple las exigencias de la Ley de Competencia Desleal.

La primera de las conductas previstas en el art. 14 es la inducción a la terminación regular de un contrato cuando su objetivo sea la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño o la intención de eliminar a un competidor. De esta forma, la inducción a la terminación regular de un contrato no es una conducta contraria por sí sola a las exigencias de la competencia sino que la inducción ha de realizarse con un objetivo determinado. Así lo manifiesta el TS en la sentencia de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262) cuando establece que:

“La captación de clientela mediante la inducción a la terminación regular de un contrato es una conducta concurrentialmente lícita, salvo que los medios empleados revelen confusión, engaño, denigración, comparación, imitación, aprovechamiento de fama ajena o explotación de secretos”

De este modo analizamos el primero de los objetivos expuestos: **la difusión o explotación de un secreto empresarial**. En este supuesto de deslealtad se agrupan los casos en lo que *“el inductor difunde o explota la información de carácter reservado y económicamente valiosa a la que el inducido ha tenido acceso como consecuencia de su actividad en el marco de la anterior relación laboral”*. De esta forma se obtiene una ventaja competitiva que no se fundamenta en el principio de competencia por las prestaciones realizadas, lo que justifica la deslealtad de la conducta, al beneficiarse el inductor del resultado obtenido de una actividad ajena.⁴⁵

La consideración de los listados de clientes como secreto empresarial ha dado lugar a una multitud de sentencias. Así, según la línea seguida por la Sala de lo Civil del TS durante los últimos años, las listas de clientes no se consideran secreto industrial o empresarial. Dicho razonamiento es seguido por la STS de 8 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6805) o la STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8164) que establece que:

“la lista de clientes de una entidad bancaria, o de cualquier otra entidad empresarial, es accesible a todo el personal directivo. Es indudable, tal como se dice en las Sentencias de instancia, que la clientela es un elemento esencial de la empresa y de toda actividad comercial. Lo que es dudoso es si, además, tiene la categoría de secreto empresarial, como así lo sostiene la parte demandante y estiman las Sentencias de instancia. Esta Sala no admite esta calificación: el listado o la relación de la clientela no es un secreto empresarial.

A su vez, la STS de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 11077), añade que:

“los listados de clientes sólo podrían ser considerados secretos si contuvieran otros datos específicos (cantidad, particularidades, datos bancarios, ofertas especiales adaptadas al tipo de comercio en relación a su ámbito objetivo, territorial o subjetivo, etc.)”.

De esta forma, como norma general, la lista de clientes no constituye secreto empresarial salvo que se demuestre que constituyen información de carácter reservado y confidencial.

⁴⁵ Domínguez, 2011.

Para determinar dicho carácter, la jurisprudencia recurre a los requisitos exigidos por el art. 39.2 del ADPIC: que sea secreta en el sentido de que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; que tenga un valor comercial por ser secreta; y que haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla. Así, cuando se cumplen estos requisitos el listado de clientes tendrá la consideración de secreto empresarial⁴⁶.

Un tema controvertido surge en relación con el secreto empresarial y el “skill and knowlege”⁴⁷. Así, los tribunales sostienen que no es secreto empresarial la información que los trabajadores obtienen sobre la clientela debido a que la relación con esta se incluye dentro de las capacidades y habilidades adquiridas por el trabajador, necesarias para el desarrollo de su actividad, por lo que son independientes de los secretos empresariales. Así lo manifiesta el TS en su sentencia de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262):

“no pueden ser objeto de secreto empresarial aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que puedan tener con la clientela”

Por todo ello, aun cuando podemos encontrar algún caso de sentencias minoritarias que admiten la calificación de los listados de clientes como secreto empresarial -como es el caso de la SAP de Valencia de 31 de octubre de 2006 (JUR 2007, 128395)-, la jurisprudencia civil es extremadamente restrictiva a la hora de considerar los listados de clientes como secreto empresarial.

Sin embargo, la consideración del listado de clientes como secreto empresarial seguida por la doctrina jurisprudencial mayoritaria en el ámbito civil no coincide con la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Penal del TS. Así, esta establece que ha de considerarse como secreto:

“las listas de todos ellos que tienen las empresas para el buen desarrollo de sus actividades comerciales, con las cuales pueden desarrollar de modo adecuado su trabajo. Estas listas de clientes son un elemento importante para conservar y afianzar un mercado frente a otros competidores que, sobrepasando lo lícito, pudieran valerse de esas listas para ofrecer su actividad comercial a quienes, precisamente por esas listas, pueden llegar a saber la identidad y datos personales de futuros clientes. Ciertamente las empresas tienen unos conocimientos derivados de esas listas que guardan celosamente en sus ordenadores que quieren mantener al margen del conocimiento de otras de la competencia.”⁴⁸

A su vez, dicha sentencia hace referencia a la STS de 12 de mayo de 2008 (JUR 2008, 3583) que señala como parte del secreto de empresa la clientela o el listado de proveedores y clientes.

⁴⁶ STS de 4 de enero de 2012 (RJ 2012, 3641).

⁴⁷ Fernández, 2013.

⁴⁸ STS de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2009, 174)

De este modo, si atendemos a la jurisprudencia mayoritaria civil, no se consideraría aquí como secreto empresarial el listado de clientes -a no ser que cumpliera con las características previstas en el art. 39.2. ADPIC- y, por tanto, no se vería vulnerado el art. 14.2 en este sentido. Sin embargo, si acudimos a la jurisprudencia del TS de la Sala de lo Penal, si sería secreto empresarial de forma que se vería vulnerado el art. 278 CP, si se apoderara “*por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo o utilizara artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.*”

El segundo de los objetivos con los que se induce a la terminación regular de un contrato es la **intención de eliminar a un competidor del mercado**. En el caso planteado, los trabajadores conectan por correo electrónico con los clientes de la entidad para la que trabajaban hasta la fecha y les advierten de la situación económica por la que la empresa está pasando, ofreciéndoles sus servicios.

Hemos de afirmar, en primer lugar, que el simple ofrecimiento de servicios no puede considerarse como inducción a la terminación regular de un contrato [SAP Madrid de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007, 322405)] sino que ha de ir acompañado de otros condicionantes que conviertan en desleal el comportamiento, como es la intención de eliminar a un competidor.

La deslealtad en este caso proviene de los medios empleados por el inductor para impedir u obstaculizar la actividad de mercado al competidor. Respecto a ello, la STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2013, 5917) en relación a la STS de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3603) establece que:

“una cosa es que la contratación de trabajadores de un competidor pueda ocasionar a la postre su eliminación del mercado, y otra distinta que la principal finalidad o propósito perseguido al inducir a los trabajadores a que cesen en sus relaciones contractuales con el reseñado competidor sea su eliminación del mercado. Esto último, que es lo que se tipifica en el art.14.2 LCD, ocurre cuando el inductor no está tanto interesado en el beneficio propio y directo que le genera la contratación de trabajadores que lo habían sido del competidor, como privar a éste de aquellos trabajadores para generar su ruina.”

Sin embargo en el caso planteado son los trabajadores mismos lo que abandonan la empresa, por lo que la conducta no puede atribuirse a nadie por no haber inducción. Podría argumentarse que existe inducción a los clientes, pero el simple ofrecimiento de servicio no constituye inducción. Asimismo, podría cuestionar esto el hecho de haber comunicado a los clientes que la empresa se encontraba en dificultades económicas; sin embargo, no consideramos que dicha afirmación pueda acogerse como intención de eliminar a un competidor, sino más bien como una conducta amoral, tal y como se argumenta en párrafos siguientes.

Por último, debemos analizar si el comportamiento de los trabajadores podría tener cabida en la cláusula general del art. 4 LCD. Este comportamiento evidencia la mala fe en el proceder, pues la captación de la clientela no lo fue valiéndose de su propio esfuerzo de captación en la leal concurrencia del mercado, sino que la vino a

hurtar de su competidora aprovechándose conscientemente del abuso de confianza de los empleados de Augusta Nerea. Así se mantiene en sentencias como la STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8164) estableciendo que

“el hecho del empleado o empleados de una empresa, que inducidos por otra, de la competencia, aprovechan el listado de la clientela de la primera para hacer ofrecimiento de los servicios de la segunda, esta Sala considera que son objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe, tal como contempla el art. 5 de la Ley”⁴⁹.

Así, es cierto que la jurisprudencia no considera contrario a la competencia el hecho de captar clientes de la anterior empresa en la que trabajaba el empleado si dicha captación se realiza a través de su propio esfuerzo [STS de 24 de junio de 2005 (RJ 2005, 4927)], pero sí es contrario a la buena fe cuando se realicen maquinaciones o maniobras contrarias a la moral comercial.

En el caso planteado los trabajadores conectan por correo con trescientos clientes fijos de Augusta Nerea, lo que hace parecer que la captación no se realizó a través del esfuerzo propio, sino aprovechándose de la lista donde aparecían los correos de los trescientos clientes. Además, se hace referencia a la mala situación económica de la empresa, lo que no parece muy acorde con la moral comercial a la que antes hacíamos referencia.

De esta forma, no es la salida masiva de los empleados de la entidad actora lo que califica el acto como desleal, sino la forma de llevarse la cartera de clientes o una gran parte de ellos [SAP de Badajoz de 12 de noviembre de 2002 (AC 2002, 1726), STS de 19 de abril de 2002 (RJ 2002, 3306)].

III. Sobre las acciones a ejercitar

Una vez determinada la existencia de un comportamiento desleal, hemos de determinar qué acciones pueden llevarse a cabo por parte de la empresa Augusta Nerea.

La LCD en su art. 32 establece una serie de acciones que pueden ejercitarse contra actos de competencia desleal. Atendiendo a los hechos expuestos, son tres las que tendrían cabida.

En primer lugar, la acción declarativa de deslealtad cuya finalidad básica es el examen de la conducta realizada por el demandado y la expresa determinación judicial de su carácter desleal. Dicha acción no conlleva condena al demandado a una prestación concreta (salvo que se acumule a otra acción del art. 32 LCD), únicamente declara la ilicitud del acto⁵⁰.

La acción declarativa puede ejercitarse de forma acumulativa con otras acciones del art. 32 LCD, de forma que la estimación de esta será el presupuesto necesario para poder entablar con éxito alguna de las otras acciones. Por otro lado, la acción puede ser

⁴⁹ En la normativa vigente art.4 LCD

⁵⁰ Zurrilla, 2009, pp.6.

ejercida de forma individual en aquellos supuestos en que los actos ilícitos ya han cesado y no han ocasionado daños y perjuicios.

En segundo lugar, estaría la acción de cesación o prohibición de la conducta desleal. Como establece la SAP de Madrid de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007, 322405), dicha acción se ejercita con el fin de “*que se ordenase al demandado no realizar en el futuro ninguna actividad encaminada a inducir a clientes de la actora a romper unilateralmente las obligaciones contractuales contraídas*”.

En tercer lugar, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

Para que dicha acción sea ejercitada con éxito se requiere: “*la existencia de un acto -obviamente de competencia desleal-; que se haya producido el daño y/o perjuicio; que el sujeto activo haya intervenido dolo o negligencia; así como un nexo causal, al que se refiere el precepto cuando dice: daños y perjuicios ocasionados por el acto*”.⁵¹ Además, “*la lesión ha de ser real, efectiva, actual y evaluable económicamente*” [SAP de Valladolid de 27 mayo de 2003 (JUR 2003, 172521)].

La indemnización de daños y perjuicios, prevista en la acción analizada, comprende, no tanto el valor de las pérdidas sufridas, como las ganancias dejadas de obtener⁵². Sin embargo, “*la indemnización no opera de forma automática, sino que requiere demostración del daño y su imputación, para deducir la consiguiente responsabilidad a la persona determinada*” [STS de 19 de enero de 2006 (RJ 2006, 2659)].

De esta forma, para que la acción sea ejercitada con éxito es preciso determinar la base de la indemnización acudiendo a la causa que ha producido el daño: la efectiva marcha de los clientes habituales de la actora a la empresa de la demandada. Así, en el caso expuesto, la acción sólo podrá ser ejercida de forma exitosa si existe una efectiva marcha de clientes y existe una certeza de que se iban a producir los beneficios que se reclaman en concepto de daños, es decir, los ingresos de los clientes que han contratado con la competencia. Por esa razón la existencia de una captación desleal de clientes no conlleva la condena automática de resarcimiento de daños.

Además, la captación desleal de clientes y la reducción de facturación no tienen por qué estar necesariamente relacionadas, pudiendo haber otras causas, como la duración de los contratos o si la principal razón de la contratación por parte de los clientes era la marca.

De esta forma, para poder ejercitar la referida acción la empresa ha de ver minorados sus clientes debido a un traspaso de estos a la competencia y que dicho traspaso se produzca como consecuencia de las actividades desleales llevadas a cabo por esta última.

Por último, es necesario hacer referencia a que las acciones analizadas pueden ser objeto de acumulación al amparo de los artículos 71 a 73 de la LEC. De esta forma, la acumulación cumple con todos los requisitos exigidos por la LEC:

⁵¹ STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8274)

⁵² García, 2008.

- a) Hay identidad de partes.
- b) No hay incompatibilidad entre ambas acciones.
- c) Existe un nexo entre ambas acciones respecto a la causa de pedir, ya que ambas se fundan en el mismo hecho: la captación desleal de clientes.
- d) Ambas acciones se ventilan en el mismo tipo de proceso, el ordinario, al amparo del artículo 249.4 LEC.
- e) El mismo órgano judicial sería competente para conocer de ambas acciones en virtud de los preceptos 86 ter.2.a) de la LOPJ y 45 de la LEC, entre otros. Es decir, el Juzgado de lo Mercantil.
- f) No hay prohibición legal alguna sobre la acumulación de ambas acciones.

CONCLUSIONES

Como corolario de todo lo expuesto, podemos observar que Augusta Nerea S.A. se presenta como una sociedad con problemas de liquidez y cuya estructura patrimonial sitúa a la empresa en causa de disolución. Sin embargo, atendiendo a los datos facilitados en el caso, no podemos concluir si esos problemas de liquidez son puntuales o si, por el contrario la empresa se encuentra en situación de insolvencia. Además, el hecho de estar en causa de disolución no implica la existencia de insolvencia en la empresa.

En caso de estar ante esta última situación, la empresa podría evitar el concurso a través de diversas alternativas. Para el caso expuesto, llevar a cabo un acuerdo de refinanciación colectivo u homologado sería la alternativa más adecuada, si lo comparamos con las desventajas que conlleva el acuerdo extrajudicial de pagos. Al lado de estas alternativas existirían otras que podrían evitar el concurso si resuelven la situación de insolvencia, pero que presentan el riesgo de que algún acreedor inste el concurso, teniendo este la calificación de necesario.

De encontrarse la empresa en una real situación de insolvencia y no acudir a las alternativas anteriormente indicadas, entraría en situación de concurso, bien voluntario -por ser solicitado por el deudor-, bien necesario -por hacerlo los acreedores-. En este caso se procedería a la calificación de los diversos créditos de la empresa, teniendo las deudas con los socios o administradores de la sociedad la consideración de crédito subordinado.

Siguiendo el supuesto de hecho, la empresa termina solicitando el concurso voluntario siete meses después de haberlo instado un acreedor, si bien este no abonó la tasa judicial correspondiente ni continuó ejercitando su acción pues Augusta Nerea S.A. satisfizo su deuda. Para determinar si este pago puede ser objeto de las acciones de reintegración hemos de analizar si la empresa, en el momento del pago, se encontraba ya en situación de insolvencia. El período de tiempo que pasa entre los dos momentos a analizar (siete meses) es relativamente amplio, de forma que no se puede concluir que la empresa no fuera solvente. De igual forma, como decíamos anteriormente, tampoco es posible afirmar la existencia de insolvencia a partir de los datos facilitados.

Por otro lado, el comportamiento llevado a cabo por Plácido constituye un delito del art. 392 CP en relación con el art. 390.2 CP, así como del correspondiente al art. 252 CP -en concurso medial con el anterior-. Nérida podrá acudir a la vía penal para ejercitar la correspondiente acción acumulada con la responsabilidad civil ex delito o bien acudir a la vía civil, impugnando el acuerdo falsificado atendiendo al art. 217 LSC, así como ejercitar la acción de responsabilidad del art. 236 LSC. Por otro lado, el comportamiento de esta última también puede ser reprochado debido a su falta de diligencia a la hora de llevar la administración de la sociedad.

Por último, en relación al comportamiento llevado a cabo por los trabajadores que abandonan la sociedad, podemos decir que se ha incumplido el art. 5 LCD de forma cabría ejercitar las correspondientes acciones previstas en la misma Ley -la acción declarativa de deslealtad, la acción de cesación y la acción de resarcimiento de daños y perjuicios-. Por otro lado, de darse los requisitos restantes, podrían incurrir en un delito de descubrimiento de secretos, previsto en el art. 278 CP.

Bibliografía

- DE LA CALLE, J.A. *et al* (2011). *Memento práctico: Sociedades Mercantiles*. Madrid: Francis Lefebvre.
- DOMÍNGUEZ, E. (2011). Comentario al art. 14 de la LCD. Inducción a la infracción contractual, en A. Bercovitz, *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Madrid: Aranzadi, SA.
- ESPAÑA. JEFATURA DE ESTADO (1985). Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, nº157, de 02/07/1985, págs. 20632-20678.
- ESPAÑA. JEFATURA DE ESTADO (1991). Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. *Boletín Oficial del Estado*, nº 10, de 11/01/199, págs. 959-962.
- ESPAÑA. JEFATURA DE ESTADO (1995). Ley Orgánica 10/1995, Código Penal, *Boletín del Estado*, nº281, de 24/11/1995, págs. 33987-34058.
- ESPAÑA. JEFATURA DE ESTADO (2000). Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín del Estado*, nº 7, de 08/01/2000, págs. 575-728.
- ESPAÑA. JEFATURA DE ESTADO (2003). Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, nº 164, de 10/07/2003, págs. 26959-26965.
- ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA (1989). Real Decreto Legislativo 1564/1985, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. *Boletín Oficial del Estado*, nº 310, de 27/12/1985, págs. 40012 a 40034 (Texto derogado actualmente).
- ESPAÑA. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA (2010). Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. *Boletín Oficial del Estado*, nº161, de 03/07/2010, págs. 58472-58594.
- FERNÁNDEZ, P. (2013). La configuración del listado de clientes como un secreto empresarial en el derecho contra la competencia en A.M. Tobío, *Estudios de Derecho Mercantil: libro homenaje al Pros. Dr. José Antonio Gómez Segade*, págs. 411-436, Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA, R. (2008). *Ley de competencia desleal*. Navarra: Thomson-Aranzadi.

- HERNANDO (2009). *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*. Madrid: Marcial Pons.
- HERRERA, H. (2014). La refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial: una perspectiva supervisora, Asociación para el Progreso de la Dirección, Banco de España.
- LEÓN (2013). La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia, *Anuario de Derecho Concursal*, nº.30, págs. 75-98, Madrid: Civitas.
- MARÍN, F. (2013). El acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de emprendedores, *Análisis Gómez-Acebo y Pombo*, disponible en: <<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-en-el-proyecto-de-ley-de-emprendedores.pdf>>
- MARTÍNEZ, B. (2013). El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *El Derecho*, Madrid: Francis Lefevre, disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/sobreseimiento-corriente-obligaciones-Ley-Concursal_11_494305001.html
- MARTÍNEZ J.I. (2012). Nueva tasa judicial: "soluciones" a los problemas preexistentes y nuevos efectos de la ausencia de pago, *Garrigues publicaciones*, disponible en: <http://www.garrigues.com/es/publicaciones/articulos/Paginas/Nueva-tasa-judicial-soluciones-a-los-problemas-preexistentes-y-nuevos-efectos-de-la-ausencia-de-pago.aspx>
- OÑATE, J. (2012). ¿Liquidación o concurso?, *Diario la Ley*, nº7894, Madrid: Wolters Kluwer.
- ORTIZ, I. (coord.), (2011). *Memento práctico penal, económico y de la empresa*. Madrid: Francis Lefebvre.
- PULGAR, J. (2013). Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, *Especial emprendedores: las leyes que los apoyan*, Madrid: La Ley.
- PULGAR, J. (2014). Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pago y ley de emprendedores, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis y jurisprudencia*, nº 20, págs. 43-72.
- ROMERO, M.; SOLA, I. (2014). Las medidas recientes para la reestructuración y refinanciación de la deuda empresarial en España: oportunidades e impacto en el sector bancario, *Cuadernos de información económica*, nº 240, págs. 17-25.
- SÁNCHEZ-CALERO, J. (2011). Sobre la diligencia de los administradores. Disponible en: <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2011/07/sobre-la-diligencia-de-los.html>
- SENÉS, C. (2014). El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?, *Revista de Derecho Civil*, vol.1, nº1, pp.49-68.

- URIA, F.; CALVO, J. (2013). El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ante el concurso, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº18, pág. 127-142.
- VAQUER, F.J. (2014). “Presupuestos del concurso” en P. Prendes; L. Pons [dirs.], *Prácticum concursal*, págs.35-86, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- YÁNEZ, J. (2014). “De la formación de la masa activa y las acciones de reintegración” en P. Prendes; L. Pons [dirs.], *Prácticum concursal*, págs.411-466, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ZURRILLA, M.A. (2009). Acciones civiles en materia de competencia desleal, *Documentos de trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, nº1, Cuenca: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.