

# Aspectos concursales y societarios

---

Crisis económica de una sociedad anónima

**Simultaneidad de Grado en Derecho y ADE**

**Curso 2014/2015**



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

**Víctor Salinas Fernández**

**Profesor responsable: José Ron Romero**

## ÍNDICE

### **1 Alternativas para evitar la situación de concurso**

- Preconcurso.....1
- Acuerdos de refinanciación.....2
- Acuerdo extrajudicial de pagos.....6

### **2 Situación de desbalance entre el patrimonio neto y el capital social**

- Perdidas, disolución y concurso.....11
- Causa legal de disolución por pérdidas e insolvencia inminente.....12

### **3 Dictamen sobre la clasificación de créditos**

- Clasificación de créditos.....14
- Créditos de Doña Nerea y Don Plácido.....15

### **4 Posibilidad de ejercitar con éxito acciones de reintegración concursal**

- La reintegración concursal.....17
- Caso de Augusta Nerea S.A.....20

### **5 Anulación de acuerdos sociales y responsabilidad penal de los administradores**

- Anulación de acuerdos sociales.....21
- Responsabilidad penal de administradores.....23

### **6 Competencia desleal**

- Definición.....27
- Acciones derivadas de la competencia desleal.....28

### **7 Bibliografía**

## ABREVIATURAS

AP.....	Audiencia Provincial
CCom.....	Real decreto de 22 de Agosto de 1885, Código de Comercio
CP.....	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
FOGASA.....	Fondo de Garantía Salarial
LC.....	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCD.....	Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal
LGT.....	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LSC.....	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, Ley de sociedades de capital
RD.....	Real Decreto
SJM.....	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

En los últimos cinco años, la sociedad ha experimentado un sensible descenso de su volumen de negocio, lo que ha obligado a que en dos ocasiones los socios solicitaran una ampliación de la línea de crédito que tienen abierta con la entidad Banco Popular, S.A. Como quiera que en la segunda ocasión la mencionada entidad les denegó el crédito, ambos socios realizaron, de su propio patrimonio, sendos préstamos a la sociedad para poder hacer frente al pago de los salarios de sus diez trabajadores, así como al abono de las cuotas de la seguridad social.

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

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

# 1 Alternativas para evitar la situación de concurso

## PRECONCURSO

Ante la grave crisis económica que está sufriendo el país muchas empresas que son viables económicamente se ven abocadas al cese de su actividad por la incapacidad de hacer frente a sus obligaciones. La alta morosidad de los clientes y la disminución de la financiación provocan que muchas sociedades se encuentren con problemas transitorios de tesorería, a pesar de tener un modelo de negocio rentable a medio o largo plazo. En previsión de esta situación el legislador ha introducido reformas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), para apoyar a las empresas que se encuentran en las circunstancias anteriormente mencionadas.

El concurso de acreedores no es la única solución ante una situación de insolvencia. Ante esta situación la primera de las alternativas es **solicitar un precurso**, medida alternativa al concurso de acreedores que se incorpora en la reforma de la LC del 2009 como consecuencia del incremento de los concursos de acreedores que estaban produciendo una saturación de los juzgados en esta materia. Muchas empresas son viables pero tienen graves problemas de tesorería y liquidez y por lo tanto es una opción más razonable optar por esta alternativa que por el concurso con el objeto de garantizar la continuidad de la empresa.

Esta idea se recoge en el art 5.3 de la LC que a tenor literal de la ley exonera al deudor de solicitar el concurso voluntario durante únicamente 4 meses. Es decir, ante la obligación de solicitar el concurso voluntario de acreedores una vez detectada la situación de insolvencia Augusta y Nerea S.A puede acogerse a un precurso, con la finalidad de negociar una propuesta anticipada de convenio pero no exonera de presentar el concurso pasados los 4 meses (5.bis 3 meses desde la comunicación al juzgado más un más un mes para solicitar la declaración).

El deudor concursal deberá solicitar el concurso de acreedores en los dos meses siguientes a la fecha en la que se conociese o se hubiera podido conocer el estado de insolvencia. Será competente para conocer el Juzgado de lo Mercantil del territorio donde la sociedad tenga el centro de sus intereses principales, para el caso de Augusta Nerea S.A será el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña. Se comunicará al Juzgado que se han iniciado negociaciones con los acreedores quedando paralizado el plazo de los dos meses y disponiendo de 3 meses para culminar el acuerdo que podrá consistir en:

- 1. Una refinanciación de la deuda**
- 2. Acuerdo extrajudicial de pagos**

## 1 Alternativas para evitar la situación de concurso

### ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La LC admite que Augusta Nerea S.A alcance un acuerdo con sus acreedores para poder continuar con la actividad empresarial, es decir un **acuerdo de refinanciación**, es un procedimiento preventivo o alternativo al concurso de acreedores que busca que pasado el plazo de los 4 meses haya cesado la situación de insolvencia. Para la refinanciación hay tres posibilidades que han sido introducidas en las sucesivas reformas de la LC con el fin de tratar de evitar la situación de concurso:

1. La simple comunicación al juez que se está negociando impidiendo temporalmente la declaración de concurso.
2. Alcanzar un pacto con el 60% del pasivo exigible de acuerdo al art 71.6 de la LC. Este pacto tiene consecuencias legales que son la irrevocabilidad de los acuerdos y la atribución de privilegios a los acreedores que aporten liquidez a Augusta Nerea S.A, que consisten en una preferencia por las nuevas entradas de tesorería en el caso de concurso repartidos de la siguiente forma: mitad contra la masa (art84.2.11º) LC y mitad privilegiados con privilegio general (art 91-6º) LC.
3. Acuerdo homologado en el juzgado que ha de ser suscrito por al menos el 75% (disposición adicional 4º) que debe ser suscrito por el 75% del pasivo titularidad de entidades de crédito.

Cuando Augusta Nerea S.A opte por alguna de estas opciones debe comunicárselo al juzgado si quiere que tenga efecto la enervación del deber del deudor de instar el concurso. Esta declaración podrá hacerla antes del vencimiento del plazo establecido en el art 5.2 bis de la LC.” Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario” Es decir dentro de los 2 meses que da de plazo el art 5.1.

### ACUERDO DE REFINANCIACIÓN SIN HOMOLOGACIÓN JUDICIAL

#### Contenido del acuerdo

Deberá responder a los siguientes aspectos:

1. **Refinanciación:** puede consistir en la ampliación del crédito disponible (se entiende que ha de ser suficiente para garantizar la continuidad de la empresas pero la ley no es clara al respecto o modificando las obligaciones del deudor (modificando el plazo o sustituyendo las obligaciones contraídas por otras).

## 1 Alternativas para evitar la situación de concurso

2. **Plan de viabilidad:** *“que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo”* En este caso la viabilidad se debería fundar en el aumento de las ventas esperadas como consecuencia de la campaña de marketing llevada a cabo antes de la situación de insolvencia.

### Requisitos

1. 3/5 del total del pasivo a la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. Esto implica que al suscribir el acuerdo el 60% del capital debe consentir dicha refinanciación.
2. Informe de experto independiente. Debe ser designado por el registrador mercantil del domicilio de Augusta Nerea S.A de acuerdo con el Reglamento del Registro Mercantil, en este caso el de La Coruña por ser éste el domicilio social de la empresa, en ningún caso podrá ser nombrado por administrador concursal. La persona encargada del informe puede tener una cualificación técnica muy diversa la Ley no lo especifica, de hecho muchas veces el documento está firmado por varios expertos en distintas áreas. En cuanto el contenido del mismo, deberá mencionar al menos: un juicio sobre la suficiencia de la información proporcionada, un análisis del plan de viabilidad y la proporcionalidad de las garantías prestadas en el momento del acuerdo. Por último cabe firmar el informe con reservas o salvedades que deberán ser expresamente evaluadas por los firmantes (art 71.6.2º) de la LC.
3. El acuerdo se ha de formalizar en documento público. En él se deberán de contener todos los elementos que justifiquen que estamos ante un acuerdo de refinanciación. Sin embargo la exigencia de documento público no debe ser vista como una imposición legal ya que aun siendo privados también tienen efectos atendiendo a las normas generales del derecho (art 1257 Código Civil). Tampoco es necesario su publicación para que surtan efecto.

## ACUERDO DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADO<sup>1</sup>

### Requisitos

1. Acuerdo adoptado por el 51% de los pasivos financieros excluyendo los de titularidad de persona especialmente relacionada con el deudor.

---

<sup>1</sup> Esta figura fue reformada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial y viene expresamente recogida en la disposición adicional 4º de la Ley Concursal.

## 1 Alternativas para evitar la situación de concurso

2. En virtud de los acuerdos de refinanciación se proceda, al menos, a la ampliación 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 sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.
3. Que con anterioridad a la declaración del concurso (art 71 bis, LC):
  - 1. El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.
  - 2. Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.
4. No se haya solicitado una homologación en el año anterior por parte del deudor a estos efectos el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla dice lo siguiente: *“El informe del experto independiente y ampliación del mismo recabada en autos, se advierte favorable al acuerdo en aras de la continuidad de la marcha empresarial, y sitúa a la compañía en un nivel de solvencia superior con mayores garantías de cobro para todos sus acreedores, y lo hacen sin riesgo de beneficiar a un tipo de acreedores más que a otro...”*  
*“Haciéndose asimismo aseveración expresa sobre la proporcionalidad de las garantías otorgadas en el acuerdo de refinanciación a nivel de grupo, que se encontrarían en un rango comparable de mercado. Valoración que se mantiene después de recabadas las cuentas consolidadas y ampliación oportuna del informe del autos”*<sup>2</sup>

### Efectos

Produce los mismos efectos que un acuerdo de refinanciación sin homologación pero a mayores se extienden a ciertos acreedores de pasivos financieros que no lo han suscrito o han mostrado su disconformidad, esto se traduce en la disposición adicional 4ª.3 de la LC:

1. A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, los siguientes efectos acordados en

---

<sup>2</sup> Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla. Auto núm. 727/2012 de 11 diciembre



## **1 Alternativas para evitar la situación de concurso**

el acuerdo de refinanciación:

a) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 por ciento del pasivo financiero, las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por ciento del pasivo financiero, las siguientes medidas:

1. Las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez.
2. Las quitas.
3. La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora

2. Por la homologación judicial, se extenderán a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, los efectos señalados en el apartado anterior, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

a) Del 65%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del apartado anterior.

b) Del 80%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del apartado anterior.

### **Competencia**

La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores.

La solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso, de los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis.4 de la LC y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado.

El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto.

## **1 Alternativas para evitar la situación de concurso**

### **Sobrante**

Si la cantidad resultante de la ejecución es menor de la deuda originaria o del saldo pendiente de no haberse producido el acuerdo pero mayor de la que resulta de aplicación de la Disposición Adicional 4.4º de la LC, los acreedores de Augusta S.A se harán con este sobrante, ocurre lo mismo en el caso de que resulta inferior.

### **ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS**

Esta nueva figura normativa es una innovación introducida por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Esta reforma obedece a la voluntad de favorecer el crecimiento y la reactivación económica y a seguir las recomendaciones europeas sobre procedimientos de insolvencia como la Resolución de Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2011. Todas estas circunstancias han provocado la incorporación en nuestro derecho de una vía para la solución preconcursal, denominado Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

Sin embargo esta figura se configura de manera restringida, o lo que es lo mismo, no puede acogerse a ella cualquier deudor, esta regulación la encontramos en capítulo X de la LC.

### **Presupuestos para su aplicación**

Subjetivos positivos, personas que pueden iniciar el procedimiento:

1. Persona física: debe ostentar la condición de empresario (tal y como se entiende en el Real decreto de 22 de Agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio) o ejercer actividades profesionales o tener dicha consideración a efectos de la legislación de la Seguridad Social ( art. 10 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social).
2. Persona jurídica: personas jurídicas de cualquier tipo.

Subjetivos negativos, no pueden iniciar el procedimiento las personas en las que concurren estas circunstancias (art 231 de la LC):

1. Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.
2. Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación.
3. Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud,

## **1 Alternativas para evitar la situación de concurso**

estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

4. Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.
5. 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.
6. 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.

Presupuestos objetivos:

1. Deudor persona natural: que se encuentre ante la insolvencia actual o inminente y que su pasivo sea inferior a 5 millones.
2. Deudor persona jurídica: que se encuentre en estado de insolvencia<sup>3</sup> y que en caso de ser declarado el concurso, no tuviese especial complejidad ( art 190 de la LC, es decir, que la lista presentada por el deudor incluya menos de 50 acreedores y que ni la estimación inicial del pasivo ni la valoración de los bienes o derechos alcance los 5 millones), que disponga de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo, que su patrimonio e ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pagos en el cual no haya una quita superior al 25% del importe de los créditos y una espera no superior a 3 años.

Quedaran excluidos de este procedimiento los créditos de derecho público, los créditos con garantía real y las entidades aseguradoras<sup>4</sup>.

### **Procedimiento**

Tiene legitimación para iniciar el procedimiento únicamente el deudor, ya sea persona física o jurídica, mediante el nombramiento de un mediador concursal. Para esto el deudor en situación de insolvencia deberá incoar al registrador mercantil o al notario para qué nombre a un mediador concursal, este procedimiento se realiza mediante una instancia en la que habrá de constar:

---

<sup>3</sup>No aclara el legislador si es actual o inminente pero según SÁNCHEZ CALERO, F., & SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Principios de derecho mercantil* (18ª (9ª en Aranzadi) ed.). Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. (2013).16 y ss. debería entenderse de acuerdo con el art 2 de la Ley Concursal y comprendería tanto la actual como la inminente.

<sup>4</sup> En cualquier caso parece altamente improbable que una entidad aseguradora tenga un pasivo inferior a 5 millones de euros.

## 1 Alternativas para evitar la situación de concurso

1. Efectivo y los activos líquidos de que dispone.
2. Bienes y derechos de los que sea titular.
3. Ingresos regulares previstos.
4. Lista de acreedores.
5. Relación de los contratos vigentes.
6. Relación de los gastos mensuales previstos.

Se solicitará al registrador de la propiedad en el caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, en caso contrario se solicitará al notario. Que podrá admitirlo o inadmitirlo en los siguientes supuestos:

1. Incumplimiento de los requisitos legalmente exigibles para alcanzar un acuerdo extrajudicial.
2. Situación de las previstas en el art 231.3/4 de la LC.
3. Falta de los documentos anteriormente mencionados.

Si se admite la instancia se procederá a nombrar a un mediador concursal que ejerce funciones de arbitraje entre el deudor y los acreedores atendiendo a los principios de neutralidad, imparcialidad y confidencialidad. A los 10 días de aceptar el cargo convocará al deudor y los acreedores a una reunión en el lugar donde el deudor tenga su domicilio dentro de los 2 meses siguientes a la aceptación.

### Plan de pagos y reunión

El mediador concursal queda encargado de elaborar un plan de pagos para ponerlo en conocimiento de los acreedores en la reunión, que deberá constar con la aprobación del deudor antes de ser presentado a los acreedores. En el mismo se detallarán los créditos a pagar y las condiciones para su realización pudiéndose pactar quitas de hasta el 25% y moras en el pago de hasta 3 años. También se habrá de incluir **una propuesta de negociación** con las condiciones de los préstamos y las fechas de pago de los créditos de derecho público<sup>5</sup>. Por último será necesario incluir un **plan de viabilidad**, es decir un escrito en el cual están recogidos los objetivos que se pretenden alcanzar a corto y a medio plazo y que por lo tanto van a permitir al deudor pagar la deuda.

En la reunión se discutirá el plan de pagos, todos los créditos serán iguales y tendrán la misma capacidad de negociación de voz y de voto. Los acreedores tienen el deber de asistencia a la reunión salvo en el caso de que hubiesen manifestado aprobación u oposición dentro del plazo de los 10 días naturales anteriores a la reunión. El plan de pagos y de viabilidad puede ser modificado durante la reunión siempre y cuando se respeten las condiciones de pago a los acreedores. Para que el acuerdo extrajudicial de

---

<sup>5</sup> Con algunas limitaciones del art 65 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT en adelante) referido a el aplazamiento y fraccionamiento del pago.

## 1 Alternativas para evitar la situación de concurso

pagos salga adelante será necesario que voten a favor los acreedores titulares de al menos el 60% del pasivo y el 75% en el caso de que el plan de pagos consista en la cesión de bienes al deudor en el pago de deudas además de la aprobación de los acreedores que tengan constituida una garantía real sobre los bienes.

El acuerdo podrá ser impugnado siguiendo lo previsto en el art 239 de la LC:

1. Falta de las mayorías exigidas.
2. Superación de los límites establecidos.
3. Desproporción de la quita o moratoria exigidas.

La impugnación se tramitará por la vía de incidente concursal siendo susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente.

### Efectos que origina el procedimiento

Desde que se comunica al juzgado y hasta adoptarse en su caso el acuerdo extrajudicial *“no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para lo continuidad de la actividad profesional”*<sup>6</sup> transcurridos 3 meses desde la presentación al juzgado, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso en el mes hábil siguiente en el caso de no haber alcanzado el acuerdo con sus acreedores. Además el simple inicio del expediente provocará los siguientes efectos respecto del:

**Deudor** que podrá continuar con su actividad con normalidad, salvo por las siguientes reglas y prohibiciones:

1. Abstenerse de solicitar la concesión de préstamos y créditos.
2. Devolver las tarjetas de crédito de su titularidad.
3. No realizar pagos mediante medio electrónico alguno.

**Acreedor** que sufrirá los efectos desde la apertura del expediente de negociación y no desde la solicitud<sup>7</sup>, no podrá:

1. Iniciar ni continuar ejecución alguna.
2. No podrán anotarse embargos posteriores sobre los bienes del deudor.
3. Realizar acciones dirigidas a mejorar su situación respecto del deudor común, a excepción de los que disfruten de garantía real y los de derecho público.

El mediador concursal velará por el cumplimiento del acuerdo y su tarea no termina hasta su aprobación por los acreedores, sin embargo no se especifica ninguna tarea determinada limitándose a obligar sin atribuir una serie de facultades específicas para el administrador que se pueden encontrar ante dos supuestos:

---

<sup>6</sup> Nueva redacción de art. 5 bis 4 de la LC

<sup>7</sup> Art 235.2 de la LC

## **1 Alternativas para evitar la situación de concurso**

**1 Integro cumplimiento:** el deudor cumple íntegramente el acuerdo haciéndolo constar el mediador y formalizando acta notarial, para que se pueda realizar el deudor deberá de entregar los comprobantes necesarios para que el mediador concursal lo certifique, además el mediador se podrá dirigir a los acreedores para que le informen de si se ha cumplido o no lo pactado.

**2 Incumplimiento:** el mediador deberá instar al concurso consecutivo, al considerar que la causa del incumplimiento del deudor es el estado de insolvencia, la solicitud del mediador será tratada como un concurso necesario.

**Concurso consecutivo:** procede en los supuestos en que los acreedores que representen la mayoría del pasivo decidan no continuar con las negociaciones, si el AEP no fuera aceptado, supuesto de anulación judicial y en el caso anteriormente descrito de incumplimiento por parte del deudor.

### **¿Debería AGUSTA NEREA S.A solicitar el acuerdo extrajudicial?**

En primer lugar no sabemos si la sociedad cumple los requisitos objetivos para acogerse a este tipo de precurso, sin embargo, puesto que es una agencia de viajes y solo tiene 2 administradores, es posible que sea una PYME, que es el tipo de entidad a la que está orientada este tipo de acuerdos. Por lo tanto conviene hacer un análisis general de los pros y contras del acuerdo extrajudicial:

#### **Ventajas:**

1. La no iniciación ni continuación de la ejecución del patrimonio del deudor durante el periodo de negociación.
2. La posibilidad de ceder bienes a los acreedores como parte de la propuesta.
3. El deber de asistencia de los acreedores.

#### **Inconvenientes:**

1. Se le prohíbe solicitar préstamos.
2. Se le obliga a devolver tarjetas de créditos.
3. Dificulta el reflotamiento de la empresa al establecer los límites de 3 años y del 25% respectivamente.
4. El hecho de que en el concurso consecutivo se abra necesariamente la fase de liquidación.

Para Pulgar Ezquerra<sup>8</sup> “*tras el análisis de los efectos que conlleva sobre deudor y acreedores la mera solicitud del nombramiento de experto puede sostenerse que son superiores los desincentivos que los incentivos que puede encontrar el deudor acudiendo a este procedimiento*” el deudor debe de valorar qué opción le conviene más.

---

<sup>8</sup> PULGAR EZQUERRA, J. *Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores*. Las Rozas. (2012) pág.61

## 2 Situación de desbalance entre el patrimonio neto y capital social

### PÉRDIDAS, DISOLUCIÓN Y CONCURSO

Las pérdidas significativas o lo que es lo mismo, aquellas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social constituyen una causa de disolución de la sociedad, salvo que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente o sea necesaria solicitar la declaración de concurso, tal y como afirma el art. 363.1.e del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (LSC en adelante). Cuando los administradores se percaten de que la sociedad está en causa de disolución, deberán convocar a la Junta General, para que en el plazo de dos meses se acuerden las medidas para restablecer la situación patrimonial, si estas no se llevan a cabo en el plazo de dos meses se debe solicitar al Juzgado competente la disolución de la sociedad.

Sin embargo en el derecho español no se debe confundir la situación de insolvencia con las causas de disolución. La insolvencia se configura como el estado en el que se encuentra una sociedad deudora cuando *no puede cumplir con regularidad a sus obligaciones* y resulta por lo tanto indiferente que la empresa se encuentre en situación de pérdidas o ganancias, una sociedad con un resultado neto positivo puede estar en situación de insolvencia y una con pérdidas puede no estarlo. Por lo tanto la situación de insolvencia es un criterio más financiero que patrimonial.

La redacción de la LSC es clara, si se incurre en causa de disolución pero no de insolvencia los administradores deberán promover la disolución de la sociedad (*LSC art 365*). Mientras que si existe una reducción del patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social y a mayores una situación de insolvencia deberá instarse el concurso. Esta solución es idéntica a la que correspondería en una empresa que no está inmersa en causa de disolución pero si está en situación de insolvencia.

En este sentido el Tribunal supremo estimó en el a Sentencia 1368/2014 del 1 de marzo de 2014 que: *“No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad...Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso”*

En la misma línea se pronuncia el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander manifestada a través de su Sentencia de 19 de diciembre de 2007 en su fundamento de derecho quinto:

## **2 Situación de desbalance entre el patrimonio neto y capital social**

*“Ha de concluirse que si bien los fondos propios negativos pueden entenderse como claro signo de una posible situación de insolvencia de inminente, no permiten por sí solos entender que reflejan la situación de insolvencia definitiva que es la que determina el inicio de la obligación de solicitar el concurso”*

### **CAUSA LEGAL DE DISOLUCIÓN POR PERDIDAS E INSOLVENCIA INMINENTE**

En España se entiende por insolvencia un estado en el que se encuentra el deudor que por la razón que fuere no puede hacer frente a sus obligaciones exigibles de manera regular. Por lo tanto resulta indiferente si la empresa tiene a nivel contable pérdidas o beneficios lo que determina este estado es no poder atender las obligaciones vencidas. La declaración de concurso puede presentarla según el art 2.3 de la LC el deudor cuando no pueda cumplir con sus obligaciones de manera actual o inminente o bien el acreedor por una serie de causas tasadas en el art 2.4 de la LC.

La solución de la LSC es clara cuando la situación de insolvencia es actual pero suscita ciertas dificultades en los supuestos de insolvencia inminente, es decir en aquellos casos en los que la sociedad prevé que no va a poder hacer frente a los pagos pendientes. En la situación en la que se encuentra la empresa la solución más acertada será convocar la junta general para cumplir con el deber legal del art. 365 de la LSC y decidir en Junta General si liquidar la compañía o solicitar el concurso.

En el caso de Augusta Nerea S.A, en la Junta General se debería analizar si la compañía resulta o no económicamente viable. Si se parte de la idea de que las pérdidas son transitorias y que la inversión realizada va a aumentar el beneficio a medio plazo entonces la liquidación no es la opción más adecuada y se debería optar por el concurso de acreedores para reorganizar las deudas de la compañía. Si por el contrario se estima que la empresa no es viable resulta más eficiente acudir a la liquidación y ya los liquidadores solicitaran el concurso de la sociedad en la fase de liquidación.

Augusta Nerea S.A no se encuentra dentro de las causas enunciadas en el 2.4 ya que ha dejado sin pagar a la Seguridad Social por 2 meses y a sus trabajadores 1 mes. A pesar de esto, si la situación no cambia, lo más probable es que acabe en situación concursal por ser insolvente al no poder hacer frente de forma regular con todas sus obligaciones exigibles, por lo tanto la insolvencia es inminente.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz Auto de 13 abril 2007 afirma que: *“Si la solicitud de declaración de concurso la formula el deudor, conforme al art. 2.3 LC, debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que puede ser actual o inminente... Como manifestaciones externas de la situación de insolvencia inminente, la sociedad solicitante alega en la solicitud: (i) la escasez de recursos que en atención al*



## **2 Situación de desbalance entre el patrimonio neto y capital social**

*estado actual de tesorería y las previsiones a corto plazo, hacen prever que de forma inminente la compañía no podrá afrontar regular y puntualmente sus obligaciones corrientes; (ii) la sobre estructura de costes de la sociedad, que dificulta la generación de negocio ante la imposibilidad de ofrecer condiciones de mercado competitivas, que, por el contrario, sí son ofrecidas por la competencia; (iii) la dificultad o, en ocasiones, la imposibilidad de renovación o sustitución de negocios ya existentes, y la acusada, cada vez, de manera más notable, pérdida de negocios muy importantes que no han sido sustituidos, y (iv) la consideración de las actividades de la sociedad como no estratégicas, que junto con las pérdidas continuadas, y el nulo interés en el mercado por la adquisición de la misma, hacen que el socio único no pueda justificar la continuidad del apoyo financiero a la compañía”*

La sociedad Augusta Nerea S.A podría fundar su insolvencia en:

1. La falta de tesorería para hacer frente a los pagos de los trabajadores y la Seguridad Social.
2. Incapacidad de financiarse por la denegación de la ampliación de la línea de crédito.
3. Negociaciones con los principales acreedores para hacer frente a los pagos.

### 3 Dictamen sobre la clasificación de créditos

#### CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS

La LC establece una primera división entre dos tipos de créditos:

**Contra la masa:** *“son generados con posterioridad a la declaración de concurso con motivo de las actuaciones o judiciales o como consecuencia de la actividad económica que genere la empresa después del concurso”*<sup>9</sup>. Sus características generales son:

1. Son previos en el orden de pago al del resto de acreedores.
2. Deben ser satisfechos por lo general según vayan siendo exigibles.
3. No se verán afectados por el eventual convenio ni están sujetos al orden de pago si se produce la liquidación.

**Concursales:** es decir, todos los que no sean contra la masa:

1. Créditos privilegiados: es decir preferente frente a los otros tipos.
2. Créditos ordinarios: aquel que por exclusión carece de privilegio y que tampoco se haya subordinado.
3. Créditos subordinados: una de las novedades que introdujo la LC cuyos créditos se regulan los arts. 92 y ss. Se les otorga un trato desfavorable situándolos en último lugar.

La justificación de esta primera división entre créditos contra la masa y créditos concursales es el interés del concurso ya que nacen de la situación concursal. Por lo tanto cuanto mayor sea la intención de continuar la actividad empresarial mayor aumento se producirá en los créditos contra la masa y por lo tanto menores serán las posibilidades de ver pagados sus créditos por parte de los acreedores concursales.

En cuanto a los créditos concursales sufren una segunda clasificación entre 3 tipos privilegiados, ordinarios y subordinados. Lo que se pretende con esta clasificación es otorgar a determinados acreedores la facultad de cobrar antes que otros gracias a la previsión legal (privilegios) o acuerdos entre el acreedor y el deudor (garantías). De igual forma la Ley Concursal entiende que hay determinados créditos que deben ser pagados en último lugar por la especial naturaleza de los mismos, por ser comunicados tardíamente o por tratarse los acreedores de personas obligadas a asumir un riesgo mayor como pueden ser los accionistas o personas y entidades vinculadas. Por último por exclusión se configuran los créditos ordinarios que se sitúan en el orden entre los dos anteriormente mencionados.

Por lo tanto para resolver la pregunta habrá que estudiar con más detenimiento las categorías anteriores y ver en cuál de ellas encajan los créditos de Plácido Augur y Nélida González.

---

<sup>9</sup> Auto de la AP de Soria de 27 de abril de 2006

### 3 Dictamen sobre la clasificación de créditos

#### CREDITOS DE DOÑA NEREA Y DON PLÁCIDO

Doña Nerea y Don Plácido prestaron dinero a la sociedad de su propio patrimonio tras ver denegada la ampliación de la línea de crédito del Banco Popular, S.A. Estas operaciones se realizaron antes del concurso y por lo tanto no podrán ser calificadas como créditos contra la masa, sino que se deben de considerar créditos concursales<sup>10</sup>.

Dentro de los mismos encontramos 3 categorías, en este caso la ley es clara, puesto que Doña Nerea y Don Plácido son según el art 93.2.2º de la LC, personas especialmente relacionadas con el deudor, puesto que son administradores de la sociedad. Atendiendo a la exposición de motivos de la ley *“las características personales de algunos acreedores pueden justificar su postergación”* y por lo tanto el art 92.5 de la LC les otorga el carácter de créditos subordinados, ya que por su proximidad con el concursado no merecen un trato tan bueno como otros acreedores ya que a la hora de generar su crédito han tenido un mayor control del riesgo<sup>11</sup>.

#### El pago de los créditos subordinados

Son los últimos en ser pagados, así lo dispone el art 158 de la Ley Concursal, el pago de los mismos se realizará por el orden del art 92, por lo tanto son los penúltimos en la lista y que los últimos son los créditos como consecuencia de rescisión concursal a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

Por lo tanto las posibilidades de recuperar el préstamo que han concedido a la sociedad son prácticamente inexistentes, la postergación de los créditos subordinados es automática y definitiva.

#### Otras consecuencias jurídicas

Art 97 LC: Perderá las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que fuera titular, tanto reales como personales. Una vez que la lista de acreedores adquiere firmeza el juez dictará auto de oficio extinguiendo tales garantías.

Art 118 y ss. De la LC: Se prohíbe que en la Junta de acreedores los titulares de créditos especialmente relacionados tengan poder de representación aunque sí que pueden asistir. Sin embargo, no pueden tener el poder de representación de otros acreedores (ni suplir su ausencia ni emitir su voto).

---

<sup>10</sup> SJM-1 de Murcia de 2 de febrero de 2006

<sup>11</sup> SJM-1 DE Granada 8 de mayo de 2008

### **3 Dictamen sobre la clasificación de créditos**

Art 133: dispone que el contenido del convenio ha de vincular tanto al deudor como a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso a pesar de que por cualquier causa no hubieran sido reconocidos.

Aunque se trate de un crédito privilegiado pero que integra la categoría de los subordinados, esta calificación prima sobre las demás que se realicen con posterioridad.

## 4 Posibilidad de ejercitar con éxito acciones de reintegración concursal

### LA REINTEGRACIÓN CONCURSAL

Tiene su origen en la voluntad del legislador de crear un mecanismo que permita revisar las actuaciones del concursado en la etapa anterior al concurso, puesto que es frecuente que ante el riesgo de una situación de insolvencia el deudor lleve a cabo acciones que agraven aún más el mismo.

El principal problema que este mecanismo suscita en el enfrentamiento que se produce entre la tutela de los derechos de los acreedores y la seguridad jurídica que se puede ver perjudicada mediante el uso de estas acciones. En España se articula con la acción rescisoria.

### ACCIÓN RESCISORIA

“Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los 2 años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta” 71.1 LC.

Del artículo se desprenden varias conclusiones, la primera de ellas y que se debe interpretar según el tenor literal es que para que un acto sea rescindible se debe de haber celebrado en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

En segundo lugar, debe de existir un perjuicio “actos perjudiciales”, es decir no se tiene en cuenta la intención de dañar o no sino que solo se atiende a que afecte negativamente, la jurisprudencia lo entiende de una manera amplia, es decir se entiende por dañar reducir la masa activa o también una alteración en la clasificación crediticia así lo afirma la AP de Barcelona en la sentencia de 1 de febrero de 2007.

A mayores el artículo incorpora una serie de presunciones para determinar cuándo se produce el perjuicio, son de dos tipos:

#### **Iuris et de iure:**

*” El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente”*

#### **Iuris tantum:**

1. Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

#### **4 Posibilidad de ejercitar con éxito acciones de reintegración concursal**

2. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

3. Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

Por lo tanto, cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

En cualquier caso no pueden ser objeto de rescisión

1. Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

2. Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

3. Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

#### **SUPUESTOS DE MALA FE**

Es frecuente, en la práctica que un acreedor utilice la declaración de concurso para “amenazar” al deudor y conseguir que pague. Sin embargo, precisamente se llega a la situación concursal por incapacidad de hacer frente a los pagos por parte del deudor. Ante este tipo de situaciones el legislador ha previsto efectos particulares para los terceros que actúen de mala fe, entendida ésta en la STS 16 de septiembre 2010 como *“la apreciación de mala fe a los efectos del art 73.3, in fine, no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores”*

Efectos, art 73 LC

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

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

#### **4 Posibilidad de ejercitar con éxito acciones de reintegración concursal**

### POSIBILIDAD DE EJERCITAR LA ACCIÓN RESCISORIA

#### **Sentencia Audiencia Provincial de la Coruña 9 de diciembre de 2013**

Los antecedentes de hecho del caso guardan mucha similitud con la sentencia citada. En la misma la sociedad Deportivo de La Coruña S.A.D abonó 365.000 euros a la sociedad Mondo Ibérica S.A por el establecimiento del césped del Estadio de Riazor. Este ingreso se produjo tras la solicitud de concurso presentada por Mondo Ibérica S.A motivada en el impago de las obras efectuadas tras las actuaciones de búsqueda de bienes infructuosas, sin embargo al igual que en el caso de Augusta Nerea S.A la empresa demandante no paga la tasa judicial correspondiente otorgándosele 10 días para subsanar el error.

Como consecuencia de esta situación *“y a los efectos de evitar las consecuencias jurídicas que derivan del concurso necesario de acreedores, por parte del Deportivo se alcanzó un acuerdo con la apelada, formalizado en documento privado de 11 de septiembre de 2012, a consecuencia del cual se le abonaba por la cantidad de 365.000 euros”* Una vez recibido el pago Mondo Ibérica S.A desiste del procedimiento judicial.

Puesto que no se puede acudir a las presunciones del art 71, la carga de la prueba recae sobre el actor que ejercite la acción rescisoria. El perjuicio se prueba atendiendo a la *“lesión que se produce en el derecho de crédito no de un determinado acreedor sino de toda la masa activa”* según la STS 26 de octubre de 2012. Sin embargo, 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. A pesar de todo esto en la sentencia anterior se establece que: *“Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió. Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto”*

Ahora bien, la ley exige un plus o requisito adicional, el cuál es que tal pago se lleve a efecto en condiciones normales, y éste concreto presupuesto normativo es el que no concurre en el caso que examinamos, pues como dice la tantas veces citada STS de 26 de octubre de 2012 , sobre cuya doctrina y aplicación al caso presente radicó el presente recurso afirma 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*

#### **4 Posibilidad de ejercitar con éxito acciones de reintegración concursal**

*instancia de la propia deudora*", a lo que podemos añadir, que tal pago se llevó a efecto en condiciones nada desdeñables para la entidad demandada, en atención a la grave situación de insolvencia en la que se encontraba el Deportivo, que cobró una cantidad de 216.562,84 euros por intereses y costas, adicionalmente al principal de la deuda judicialmente declarada, anteponiéndose al resto de los acreedores, que incluso intentaban hacerlos efectivos por la vía de apremio. Por lo tanto para determinar el perjuicio el tribunal acude a la STS de 26 de octubre de 2012 según la cual cuando la situación de insolvencia es manifiesta y la empresa concursada se encuentra en una situación anormal, este tipo de actuaciones como las que ha realizado Mondo Ibérica S.A constituyen un perjuicio para la masa activa y por lo tanto la Audiencia Provincial de la Coruña falla revocando la sentencia recurrida y admitiendo la rescisión del pago.

#### **CASO DE AUGUSTA NEREA S.A**

Tiene legitimación activa para ejercitar las acciones de reintegración la administración concursal y los acreedores que participen en el concurso y que hubieran podido resultar dañados, para ello deben instar a la administración concursal. En el caso de que la petición no fuese atendida pasados 2 meses del requerimiento.

Las acciones deberán dirigirse "*contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado*", es decir, Augusta Nerea S.A, a mayores si desean ir contra Almanzor S.L también pueden, puesto que la Ley habilita a dirigir la demanda cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe.

Será competente para conocer del asunto el Juez del Concurso, deberá plantearse esta cuestión siguiendo el trámite para el incidente concursal (art 192 y ss.).

Para que la acción rescisoria prospere, el actor deberá probar en este caso el perjuicio patrimonial (puesto que no se pueden acudir a las presunciones del art.71 para este caso concreto), la podrá fundar en que al realizar este tipo de actuaciones lo que se provoca es una lesión *par conditio creditorum* a la masa activa y por lo tanto una vulneración de los derechos de cobro de los demás acreedores. La empresa no puede pagar a todos y por lo tanto uno de ellos Almanzor S.L se adelanta utilizando esta argucia. Acudiendo al caso del Deportivo y la Jurisprudencia del TS, en este caso al igual que anteriores se aprecia que el pago fue realizado en condiciones anormales puesto que Augusta Nerea S.A estaba atravesando una etapa de graves problemas financieros como consecuencia de la pérdida de ventas desde hacía 5 años y que acabó desembocando en un concurso de acreedores tan solo 7 meses después de efectuar el pago a Almanzor S.L

Por lo tanto se dan los presupuestos para ejercitar la acción rescisoria:

1. Perjuicio patrimonial.
2. Actos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso.



### ANULACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

La impugnación de un acuerdo social acarrea graves problemas para una sociedad, sobretodo porque genera una gran inseguridad jurídica. Cuando los vicios del acuerdo se limitan a lo estrictamente formal, se suele acudir a la sustitución de los acuerdos, pero: ¿Qué ocurre cuando el acuerdo también adolece de vicios en el contenido o el fondo del asunto?. En estos casos a veces lo único posible es la anulación de dichos acuerdos.<sup>12</sup>

Podrán ser impugnados los acuerdos que:

1. Sean contrarios a la Ley (entendidos como como contrarios a normas imperativas).
2. Se opongan a los estatutos.
3. Lesionen en beneficio de uno o varios socios o de terceros, al interés social.

Los acuerdos se pueden clasificar en:

1. Nulos: si son contrarios a la Ley.
2. Anulables en los demás casos.

Se ha vulnerado la Ley, puesto que el acuerdo ha sido alcanzado mediante la falsificación de la firma de doña Augusta, estaríamos hablando de un vicio de consentimiento ya que en ningún momento doña Augusta lo ha prestado, si no que don Plácido, también administrador de la sociedad falsificó su firma. Corresponde calificar este acuerdo por lo tanto como nulo. En cualquier caso dentro de los acuerdos nulos hay que distinguir entre nulidad absoluta y relativa que puede sanar si la acción de impugnación contra ellos caduca. Será nulidad absoluta si vulnera el orden público y un precepto imperativo y relativo solo si vulnera una norma imperativa, en el caso de ser relativa si caduca la acción de impugnación los acuerdos se consideran válidos pasado ese plazo.

Esta distinción es muy poco frecuente en la jurisprudencia, sin embargo en casos en los que se adopta un acuerdo social valiéndose de la falsedad de documentos societarios el Tribunal Supremo estima en la STS de 29 de octubre de 2008 que: *“la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 - la presencia de todo el capital - se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, **contraria al orden público** - sentencias de 29 de septiembre de 2.003, 30 de mayo y 19 de julio de 2.007 -, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados - sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2.007, no obstante la de 18 de mayo de 2.000 -, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta*

---

<sup>12</sup> Art 204 LSC

## **5 Anulación de acuerdos sociales y responsabilidad penal de administradores**

*la reunión de socios en que se tomaron”* y califica como de orden público el cumplimiento de los requisitos para la validez de una Junta Universal.

Las acciones de impugnación se deben de realizar dentro de unos plazos:

1. 1 años si son nulos.
2. 40 días naturales si son anulables.
3. En el caso de ser contrarias al orden público no prescriben nunca.

Para el cómputo del plazo ha de tenerse en cuenta la fecha de adopción del acuerdo pero puesto que estamos en el tercero de los casos no nos preocupa este dato y por lo tanto podrá reclamar cuando lo desee. La contrariedad al orden público deriva de haberse fingido la celebración de la Junta Universal y, por tanto, que resulta irrelevante el contenido de los acuerdos a los efectos de dicha calificación.

### **Procedimiento de impugnación**

La legitimación activa para la impugnación de acuerdos anulables es muy amplia, pueden realizarla tanto los administradores como los accionistas, aunque hayan votado a favor y terceros que acrediten un interés legítimo<sup>13</sup>. En cuanto a la legitimación pasiva, la Ley aclara que las acciones deberán de dirigirse contra la sociedad.

Antes existía un procedimiento especial para la impugnación de acuerdos sociales pero en 1989 se suprimió y desde entonces se regula en el art 207: *“se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*, será competente para conocer el Juzgado de lo Mercantil del domicilio social.

Una vez se dicte sentencia firme anulando el acuerdo social, dicha sentencia afectará a todos los socios y podrá declarar que la nulidad del acuerdo sea inscribible en el Registro Mercantil.

### **Conclusión**

Doña Plácida en calidad de administradora y accionista está legitimada para impugnar el acuerdo social por el cuál don Plácido se atribuye un sueldo de 200.000 euros anuales mediante la falsificación de la firma de la actora en un acuerdo social. Puesto que se debe de calificar como nulo y contrario al orden público no existe plazo para impugnar aunque se le recomienda hacerlo tan pronto conozca del fraude. En el caso de prosperar dicha demanda se declararía nulo el acuerdo social extinguiéndose por lo tanto todos sus efectos.

---

<sup>13</sup> STS de 3 de octubre de 2002

## **5 Anulación de acuerdos sociales y responsabilidad penal de administradores**

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES**

Los administradores de una sociedad no solo tienen responsabilidad civil (LC), sino que también tiene una responsabilidad criminal en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP en adelante). Estas malas prácticas se engloban en el Título XIII, capítulo XIII con el nombre de delitos societarios, surgen como innovación en el CP de 1995 mediante la siguiente redacción: *“los delitos societarios son delitos de infracción de deber, que se atribuyen a aquellas personas que por su posición en el organigrama societario, tienen un específico deber de lealtad y transparencia en relación a la sociedad que representan...”*

*“Estos delitos tienen un sujeto activo especial, que es el que dirige la actividad societaria, bien en virtud del oportuno nombramiento de administrador (administrador de derecho), o bien careciendo de nombramiento formal, pero ejerciendo de hecho las mismas funciones (administrador de hecho), incluyéndose también como sujeto activo a cualquiera de los socios. Se trata de un delito especial propio, porque la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, y no tiene correspondencia exacta con un delito común, con independencia de que en ocasiones determinadas conductas pudiesen ser sancionadas como apropiación indebida, según la concepción que se siga para la diferenciación entre ambos tipos delictivos”<sup>14</sup>*

#### **FALSEDAD EN DOCUMENTOS SOCIETARIOS:**

*“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”<sup>15</sup>* Por lo tanto se deduce que la falsificación ha de ser idónea para causar el perjuicio pero no es necesario el mismo para la comisión del delito. El comportamiento se puede presentar por acción y omisión, en éste caso es activo, puesto que se presenta la documentación con datos distintos de los reales, la omisión se da cuando la imagen distorsionada de la sociedad se produce por no incorporar los datos necesarios. Con este artículo lo que se protege es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a

---

<sup>14</sup> STS 765/2013, de 22 de octubre

<sup>15</sup> Art 290 del CP

## **5 Anulación de acuerdos sociales y responsabilidad penal de administradores**

obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad.

El delito se ve consumado desde el momento en que se materializa la alteración documental, de tal manera que por su contenido y estructura pueda ser idónea o apta para causar el perjuicio económico a un sujeto pasivo representado por la sociedad, sus socios u otros administradores, como es el caso.

En cuanto a los requisitos para la comisión del delito son: <sup>16</sup>

1. Solo pueden cometerlos los administradores o bien de hecho o bien de derecho.
2. Ha de serlo de una sociedad constituida o en formación.
3. Deben de falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban de reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad.
4. El falseamiento debe de ser idóneo para causar un perjuicio económico a la sociedad o a alguno de sus miembros.

*“El delito de falsedad requiere de un elemento inveraz incorporado al documento, sea esencial y tal esencialidad se encuentre conectada con la incidencia de la falsedad en el tráfico jurídico o que signifique que tenga la capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos”<sup>17</sup>.*

Don Plácido es administrador de la sociedad, que está debidamente constituida, ha falseado las cuentas anuales incorporando la firma de doña Nélica (elemento esencial) y dicho falseamiento es idóneo para cometer el delito. Por lo tanto don Plácido ha cometido un delito de falsedad en documento societario y puesto que ha causado un perjuicio económico a la sociedad, 200.000 anuales desde 2008, se deberá imponer la pena en su mitad superior. La pena ha de ser de entre 2 años y un día y 3 años de privación de libertad y una multa de entre 9 meses y un día y 12 meses.

### **APROPIACIÓN INDEBIDA**

No es propiamente un delito societario puesto que no es necesario ser administrador de una sociedad para su comisión, pero en el ámbito de la empresa puede ser cometido por administradores de una empresa valiéndose del ejercicio de su cargo. Se consideran reos de este delito los administradores sociales *“que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que*

---

<sup>16</sup> FARALDO CABANAS, P., *Los delitos societarios*, Valencia, 1996. Pág. 73

<sup>17</sup> AP de Barcelona 27 de julio de 1999

## **5 Anulación de acuerdos sociales y responsabilidad penal de administradores**

*produzca obligación de entregarlos o devolverlo o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado excede de 400 euros”<sup>18</sup>*

La pena atendiendo al art 250.5 será de entre 1 año y 6 meses de privación de libertad puesto que el valor de lo defraudado excede de los 50.000 euros. Puesto que lleva 6 años cobrando estas cantidades el importe asciende a 1.200.000, es decir 200.000 euros anuales.

Suscita un problema la calificación del delito como:

1. Permanente: si consideramos que después de la consumación continua ininterrumpidamente la vulneración jurídica perfeccionada aquella.
2. Continuado: aquel en el que el autor obedeciendo a una misma resolución y configurando un mismo delito, se lleva a efecto mediante una serie de actos idénticamente vulnerarios.

Por un lado tenemos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de febrero de 2003, también conocido como el caso Gil y Gil en la cual la Audiencia mediante un auto de aclaración estima que a pesar de que el delito de apropiación indebida no sea por su naturaleza un delito permanente, en este caso la acción típica se ha venido ejecutando hasta la admisión de la querrela.

Mientras que en un caso similar de falsedad en documentos, en concurso instrumental con apropiación indebida, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el conocido como caso Banesto<sup>19</sup>, condena a los imputados por delito de apropiación indebida en circunstancias similares al anterior caso citado.

Por lo tanto ante estas discrepancias en la calificación de los hechos parece más acertado entenderlo como un delito permanente, puesto que mediante una sola acción, la falsificación de la firma de doña Nélica en la aprobación de las cuentas, se perfecciona el delito y a partir de entonces viene cobrando las cantidades establecidas en el acuerdo social fraudulento. El delito continuado se caracteriza por la concreción de varios hechos, mientras que en este caso estamos ante un solo hecho que continua en el tiempo. Don Plácido cometió por lo tanto un delito de apropiación indebida mediante la distracción de 1.200.000 euros de la sociedad Augusta Nerea S.A

### **ADMINISTRACION DESLEAL DEL PATRIMONIO**

Es un delito societario y por lo tanto solo puede ser cometido por los administradores de una sociedad. Se establece en el art 295 del CP: *“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*

---

<sup>18</sup> Art 252 del CP

<sup>19</sup> Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002

## **5 Anulación de acuerdos sociales y responsabilidad penal de administradores**

*fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.*

Para que se cometa el delito la disposición debe de ser en beneficio propio o de un 3º y debe causar un daño económica evaluable. El delito se encuentra consumado en el momento en el que se produce la utilización. Al igual que en el caso anterior el delito se ajusta mejor a un delito permanente más que continuado. El daño ha de entenderse como un acto que afecta al activa patrimonial de la sociedad y cuya ejecución no responde al interés social si no al beneficio propio o ajeno. El problema surge cuando se superpone con el delito de apropiación indebida, ante esta situación todas las sentencias del Tribunal Supremo<sup>20</sup> han acertado en señalar que atendiendo al art 8 del Código Penal:

1. Ninguno de los dos delitos es más especial que otro.
2. Ninguno de los dos es accesorio o subsidiario del otro.
3. Por lo tanto aplicando el art 8.4 se calificar con precepto que atribuya la pena más grave.

Puesto que el delito de administración desleal da la alternativa del pago de multa en lugar la pena privativa de liberta, corresponde calificarlo como apropiación indebida.

### **Competencia y aspectos procesales:**

“Corresponderá al juez de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales con excepción de los casos reservados por las leyes al Senado, a los Tribunales de Guerra y Marina y a las Autoridades administrativas”<sup>21</sup> Por lo tanto la instrucción de la causa la debe de llegar el juez de instrucción del partido judicial en el que el delito se hubiera cometido, en este caso A Coruña.

La pena privativa de libertad se debe de imponer a la persona física que está detrás de la sociedad en este caso don Plácido, a esto se le conoce como imputabilidad personal de los administradores<sup>22</sup>. Este criterio viene de atrás, de sentencias como la Sentencia de 3 de febrero de 1962 del Tribunal Supremo. Sin embargo es en el Proyecto de Ley de 27 de noviembre de 2009 de modificación del CP de 1995 cuando se introduce este concepto anteriormente citado en el art 31 bis.

---

<sup>20</sup> Sentencias 26 de febrero de 1998 de 7 y 26 de noviembre de 2002

<sup>21</sup> Art 10 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

<sup>22</sup> Art 31 bis del CP

## **5 Anulación de acuerdos sociales y responsabilidad penal de administradores**

### **Delitos cometidos por don Plácido**

En vista de todo lo expuesto anteriormente conviene imputar al administrador, don Plácido un delito de apropiación indebida por el importe de 1.200.000 euros en concurso instrumental con un delito de falsedad en documentos societarios, puesto que se vale de la falsificación de la firma para la comisión del delito.

## 6 Competencia desleal

### DEFINICIÓN

La Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), regula una serie de comportamientos con la finalidad de proteger la competencia en interés de todos los que participan en el mercado. Para que los comportamientos previstos en la Ley tengan dicha consideración se exige:

1. Que se realicen el mercado y con fines concurrenciales.
2. Las acciones se revelen objetivamente idóneas para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

El comportamiento de los trabajadores de la sociedad se enmarca en el artículo 13 de Violación de secretos: *“Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14. No se exigen los requisitos mencionados anteriormente tan solo que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.”*

Esta misma calificación le dan a unos hechos idénticos a los del caso las sentencias de las AP de Valencia (Sección 9ª) Sentencia núm. 228/2006 de 2 junio y de Badajoz (Sección 2ª) Sentencia núm. 183/2002 de 12 noviembre. En las mismas un grupo de trabajadores de la sociedad se dan de baja voluntaria en la empresa y sin solución de continuidad pasan a constituir una nueva sociedad dedicada a la misma rama de la actividad y llevándose una parte importante de la cartera de clientes. *“La conducta relativa a la violación de secretos empresariales –ex artículo 13 LCD –, se refería en la demanda al hecho de que los demandados habían utilizado toda la información de la empresa que les contrató, para pasar con posterioridad a crear su negocio, con idéntico objeto social, idénticos clientes”*<sup>23</sup>.

En la misma línea opina el Tribunal Supremo: *“El supuesto básico sobre el que se configuran las denuncias se refiere a la sustracción y utilización por los demandados, que habían sido directivos y empleados en las entidades del Grupo empresarial denunciante, de la "Base de Datos Depurada le Clientes de Cartera", para su explotación en el modelo de negocio de mercado de marketing telefónico que copiaron de la actora. La casación quedó reducida al examen de los ilícitos competenciales de violación de secretos y de imitación de prestación empresarial de los arts. 13 y 11.2, respectivamente, de la LCD”*<sup>24</sup>.

En vista de los argumentos anteriores parece acertado calificar el comportamiento de los antiguos trabajadores como competencia desleal.

<sup>23</sup> AP de Valencia (Sección 9ª) Sentencia núm. 228/2006 de 2 junio

<sup>24</sup> TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 952/2011 de 4 enero



## **6 Competencia desleal**

### **ACCIONES DERIVADAS DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Vienen reguladas en el art. 32 de la LCD:

1. Acción declarativa de deslealtad.
2. Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.
3. Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.
4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.
6. Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Tienen legitimación activa para ejercitar este tipo de acciones cualquier persona jurídica que participe en el mercado y que resulte dañada de manera directa o amenazada por estas acciones. Las acciones se pueden dirigir contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento. Las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta.

En vista de lo establecido por los artículos anteriores cabe reclamar la acción declarativa de deslealtad, el cese de la conducta desleal y a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Así opina la AP de Badajoz (Sección 2ª) Sentencia núm. 183/2002 de 12 noviembre que en un caso idéntico declara la existencia de competencia desleal, reclama el cese de dicha conducta y condena a pagar 20.042,19 euros en concepto de daños y perjuicios. Por lo tanto en respuesta a si Augusta Nerea S.A puede ejercitar acciones contra los antiguos trabajadores, sí que puede, puesto que estamos ante un caso de competencia desleal en la cual la sociedad ha sido dañada por las mismas y son los trabajadores los responsables de dicho perjuicio, asumiendo claro que está, que dichas acciones no hayan prescrito. Por lo tanto puede ejercitar las siguientes acciones:

1. Acción declarativa de deslealtad.
2. El cese de la conducta desleal.
3. Acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ DÍAZ, M. A. *El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada*. Las Rozas: La Ley. (2006).
- BAENA BAENA, P. J. *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales: De la junta general de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada y de la asamblea general de la sociedad cooperativa*. Madrid: Marcial Pons. (2006).
- BLASCO GASCÓ, F. d. P. *Prelación y pago a los acreedores concursales*. Cizur Menor: Aranzadi. (2004).
- CARRASCO PERERA, A. *Los derechos de garantía en la ley concursal* (3ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas. (2009).
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L. *El acuerdo extrajudicial de pagos*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters. (2014).
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., & Gómez Soler, E. *La calificación del concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch. (2009).
- ESPAÑA, & NOGUERA DE ERQUIAGA, J. C. *Ley concursal: Rigurosamente atendidas las diferentes reformas, incluso la última ley 38-2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22-2003, de 9 de julio, concursal* [Ley concursal, 2003]. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. (2011).
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., Ávila de la Torre, A., & Campuzano Laguillo, A. B. *Enciclopedia de derecho concursal*. Cizur Menor Navarra: Aranzadi Thomson Reuters. (2012).
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., Ávila de la Torre, A., & Campuzano Laguillo, A. B. *Enciclopedia de derecho concursal*. Cizur Menor Navarra: Aranzadi Thomson Reuters. (2012).
- MOYA JIMÉNEZ, A. *La responsabilidad penal de los administradores: Delitos societarios y otras formas delictivas* (2ª ed.). Barcelona: Bosch. (2010).
- PONS ALBENTOSA, L., Pastor García, D., & España. *Análisis comparado de la ley concursal con su reforma: Una herramienta de seguimiento de las modificaciones en discusión* (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch. (2011; 2012).
- PULGAR EZQUERRA, J. *Comentarios a la legislación concursal Ley 22-2003 y 8-2003 para la reforma concursal*. Madrid: Dykinson. (2004).

## **BIBLIOGRAFÍA**

ROJO, Á., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., QUIJANO GONZÁLEZ, J., & BELTRÁN, E. *La liquidación de la masa activa*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters. (2014).

SÁNCHEZ CALERO, F., & SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Principios de derecho mercantil* (18ª (9ª en Aranzadi) ed.). Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. (2013).

TATO PLAZA, A. *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables contribución al estudio del art. 115.3 LSA*. Madrid: McGraw-Hill. (1997).

VEIGA COPO, A. B. *La masa pasiva del concurso de acreedores*. Madrid: Civitas. (2010).

VILATA MENADES, S. *Elementos de derecho concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch. (2011).