



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**Aspectos concursales de una empresa dedicada a  
componentes electrónicos**

Autora: Raquel Bastida Rodríguez

Tutor: Fernando Cachafeiro García

**Grado en Derecho y Administración y Dirección  
de Empresas**

Año 2016

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña  
para la obtención del Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas.

## **INDICE:**

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>3</b>
<b>1. RELACIÓN DE HECHOS RELEVANTES.....</b>	<b>4</b>
<b>2. CONSIDERACIONES SOCIETARIAS.....</b>	<b>6</b>
<b>I. LA FORMACIÓN DE LA SOCIEDAD.....</b>	<b>6</b>
<b>II. JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS.....</b>	<b>7</b>
<b>1. JUNTA “UNIVERSAL” DE NOVIEMBRE DE 2013.....</b>	<b>7</b>
<b>1.1 Acuerdo adoptado sin estar presente o representado la totalidad del capital social.....</b>	<b>8</b>
<b>1.2 La retribución del administrador no estaba prevista en los Estatutos sociales.....</b>	<b>8</b>
<b>1.3 Retribución excesiva a la luz de la situación económica de la sociedad.....</b>	<b>9</b>
<b>2. JUNTA DE ACCIONISTAS DE 5 DE FEBRERO DE 2014.....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 Vicios de la convocatoria.....</b>	<b>12</b>
<i>a) Incumplimiento del plazo.....</i>	<i>12</i>
<i>b) Publicidad de la convocatoria.....</i>	<i>13</i>
<b>2.2 Vulneración del derecho de información.....</b>	<b>13</b>
<b>III. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR.....</b>	<b>15</b>
<b>1. ACUERDO DE RETRIBUCIÓN.....</b>	<b>16</b>
<b>2. INCUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN INFORMACIÓN.....</b>	<b>17</b>
<b>3. VACIAMIENTO PATRIMONIAL.....</b>	<b>18</b>
<b>4. INCUMPLIMIENTO OBLIG. SOLICITAR CONCURSO.....</b>	<b>19</b>
<b>3. CONSIDERACIONES CAMBIARIAS.....</b>	<b>20</b>
<b>I. ELEMENTOS PERSONALES DE LA LETRA.....</b>	<b>21</b>
<b>II. LA ACEPTACIÓN.....</b>	<b>22</b>
<b>III. ACCIONES CAMBIARIAS.....</b>	<b>24</b>
<b>4. CONSIDERACIONES PENALES.....</b>	<b>26</b>
<b>I. FALSEDAD DOCUMENTAL.....</b>	<b>26</b>
<b>1. HECHOS RELEVANTES.....</b>	<b>26</b>
<b>2. CALIFICACIÓN DEL DELITO.....</b>	<b>26</b>
<b>3. ELEMENTOS DEL TIPO.....</b>	<b>28</b>
<b>4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....</b>	<b>29</b>
<b>5. PENA PREVISTA. CONCURSO DE DELITOS.....</b>	<b>29</b>
<b>6. REFORMA DEL CP.....</b>	<b>30</b>
<b>II. DEFRAUDACIONES. APROPIACIÓN INDEBIDA.....</b>	<b>30</b>
<b>1. HECHOS RELEVANTES.....</b>	<b>30</b>

2. INTRODUCCIÓN. LA ESTAFA.....	30
3. CALIFICACIÓN DEL DELITO. APROPIACIÓN INDEBIDA.....	32
4. ELEMENTOS DEL TIPO.....	32
5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	33
6. PENA PREVISTA. CONCURSO DE DELITOS.....	33
7. REFORMA DEL CP.....	34
III. DELITOS SOCIETARIOS.....	34
1. HECHOS RELEVANTES.....	34
2. CALIFICACIÓN DEL DELITO. ADMIN. DESLEAL.....	35
3. ELEMENTOS DEL TIPO.....	36
4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	37
5. PENA PREVISTA. CONCURSO DE DELITOS.....	37
6. REFORMA DEL CP.....	37
7. MENCIÓN ART. 292. ACUERDOS LESIVOS.....	37
IV. ALZAMIENTO DE BIENES.....	38
1. HECHOS RELEVANTES.....	38
2. CALIFICACIÓN DEL DELITO.....	38
3. ELEMENTOS DEL TIPO.....	38
4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	38
5. PENA PREVISTA. CONCURSO DE DELITOS.....	39
6. REFORMA DEL CP.....	39
5. CONSIDERACIONES CONCURSALES.....	41
I. HECHOS RELEVANTES.....	41
II. ORDEN DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS.....	41
III. REINTEGRACIÓN DE LA MASA.....	43
IV. CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES.....	44
1. ALZAMIENTO DE BIENES.....	44
2. INCUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN DE DISOLVER SOCIEDAD O SOLICITAR CONCURSO DE ACREEDORES.....	45
V. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR.....	46
6. CONCLUSIONES.....	48
7. BIBLIOGRAFÍA.....	49
8. APÉNDICE NORMATIVO.....	51
9. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	52

## **ABREVIATURAS:**

AN: Audiencia Nacional.

Art.: Artículo.

C.P.: Código Penal.

LC: Ley Concursal.

LCCh: Ley Cambiaria y del Cheque.

LSC: Ley de Sociedades de Capital.

Nº: Número.

Pág.: Página.

S.A.: Sociedad Anónima.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

S.L.: Sociedad Limitada.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TRLSA: Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

TRLSC: Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

## 1. RELACIÓN DE HECHOS RELEVANTES:

- I. El día 23 de junio de 2012, Don Héctor, Doña Mercedes, Doña Ana y Doña Sonia constituyen la sociedad anónima "Nitrox S.A.", destinada a la venta de componentes informáticos. La sociedad se constituye con un capital social de 100.000 euros con participaciones dinerarias iguales entre los cuatro socios.
- II. En fecha 30 de junio, Don Héctor, administrador único, Don Héctor, concierta un contrato de compraventa de material informático con la sociedad "Aventa S.L" por importe de 20.000 euros. A efectos de pago, se libra una letra de cambio a pagar 2 meses después de la firma del contrato.
- III. Días después, el 15 de julio de 2012, el representante de "Aventa SL", se presenta en el domicilio de Héctor solicitándole la aceptación de la letra. El administrador atiende al requerimiento imprimiendo en ésta el sello de la sociedad "Nitrox S.A".
- IV. Asimismo, de las cuestiones planteadas se infiere que Nitrox solicita un aplazamiento de pago, pero Aventa manifiesta la imposibilidad de concedérselo por encontrarse en una situación económica delicada, reclamando el cobro inmediato de la misma.
- V. La inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil se produce el día 30 de septiembre de 2012.
- VI. Con fecha 25 de noviembre del 2013 se celebró Junta Universal Extraordinaria, en la que se acordó la retribución de 50000 euros a favor del administrador único, Don Héctor. En el acuerdo consta la firma de todos los socios. Los Estatutos de constitución no contenían disposición alguna sobre la retribución de los administradores.
- VII. El día 20 de enero de 2014 se convoca Junta General Ordinaria a través de anuncio en la página web corporativa. Dicha página web todavía no ha sido publicada en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil".
- VIII. Días antes de la fecha para la que la Junta había sido convocada, el 28 de enero, Sonia, una de las socias, solicita diversa información contable, bancaria y fiscal. Su requerimiento es atendido de forma parcial, pues se le deniega copia de las declaraciones trimestrales y anuales de IVA e IRPF.
- IX. Finalmente, la Junta se celebra el día 5 de febrero de 2014, a la que acudieron los cuatro socios. En la misma se dejó constancia del voto en contra de los acuerdos reflejados.
- X. En mayo de 2014, la situación de la empresa comienza a empeorar, ante lo cual, Ana les ofrece un acuerdo. Su empresa, SOLYPLAYA, S.A., dedicada a la oferta de paquetes turísticos, adquirirá la titularidad de una nave de "Nitrox S.A." sin que se produzca en puridad cambio alguno. La sociedad podrá continuar sus actividades en la misma, al ser esta su única propiedad y el elemento más valioso de su patrimonio.

- XI. Héctor, Mercedes y Sonia aceptan la propuesta de Ana, y quince días después, recogen en la contabilidad el traspaso de la nave, cumplimentando toda la documentación necesaria. Dicha nave pasará a integrarse, por su precio de mercado, en el patrimonio de SOLYPLAYA, S.A.
- XII. El 10 de diciembre del 2014 Doña Mercedes revisando el libro de actas de la sociedad, descubre la celebración de la Junta Ordinaria el 25 de noviembre de 2013 y comunica este hecho al resto de los socios, quienes nada sabían acerca de la celebración de esta Junta ni del acuerdo adoptado en la misma.
- XIII. Con fecha de 5 de mayo de 2015, ante la situación de insolvencia de la sociedad, el administrador único Héctor, se ve obligado a solicitar la declaración de concurso de acreedores.
- XIV. Tras la declaración del concurso, la administración concursal decretó el pago de un crédito contra la masa con un vencimiento anterior al del crédito a favor de los trabajadores de la sociedad.

## **2. CONSIDERACIONES SOCIETARIAS.**

En este primer apartado, trataremos de resolver, de todas las cuestiones planteadas, aquellas que son estrictamente de índole societaria. Para ello, se consideran hechos relevantes, la constitución de la sociedad, su posterior inscripción, la celebración de las dos Juntas Generales y finalmente la adopción de acuerdos en las mismas y sus consecuencias, entre las que cabe citar, por ser la de mayor relevancia, la posible responsabilidad del administrador.

A este respecto, es necesario comenzar por recoger la normativa legal aplicable, en concreto el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC). En su artículo primero la norma incluye a las sociedades anónimas dentro de la categoría de sociedades de capital, lo que permite concluir que dicho texto legal es aplicable al caso que nos ocupa.

No es ocioso destacar que, a lo largo de este capítulo, no será de aplicación la normativa más reciente en las materias tratadas, sino que estaremos a lo dispuesto, en materia societaria en la redacción de 2011 de la referida Ley. Si bien, dejaremos constancia, a mayor abundamiento, en las cuestiones especialmente controvertidas, de las hipótesis de resolución del caso, aplicando las reformas introducidas por la Ley 31/2014.

### **I. LA FORMACIÓN DE LA SOCIEDAD:**

Con respecto a la constitución de la sociedad que nos ocupa, “Nitrox S.A”, ésta se produce el día 23 de junio de 2012 con un capital social de 100.000 euros, resultante de la aportación dineraria por partes iguales de los cuatro socios.

Con el otorgamiento de la escritura, se elaboran los Estatutos de funcionamiento de la sociedad, los cuales, a falta de datos que indiquen lo contrario, entendemos se ajustan a la normativa aplicable (artículos 21 y ss. LSC).

Tras el otorgamiento de la escritura de constitución, los socios deben proceder a su inscripción en el Registro Mercantil, en el plazo de dos meses desde la fecha del otorgamiento (art. 31 LSC). El incumplimiento del plazo referido, se sanciona con la responsabilidad solidaria de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de esta obligación.

En el período que media entre la escritura de constitución y la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, se considera que la sociedad está en período de formación, lo cual condiciona, las facultades de los administradores. En concreto, el art. 37, establece la responsabilidad de la sociedad en formación, por los actos y contratos necesarios para la inscripción de la sociedad, así como por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura de constitución.

En el caso analizado, Don Héctor, administrador único de la sociedad, el 30 de junio formaliza un contrato de compraventa de material informático con la sociedad "Aventa S.L", estableciéndose como forma de pago, una letra de cambio, que finalmente resultó impagada por “Nitrox S.A”.

Obviando por el momento los aspectos cambiarios, la Ley establece que por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad (art. 36 LSC).

Del régimen aplicable a la sociedad en formación, son especialmente relevantes las consideraciones hechas en la Ley respecto del plazo para la inscripción, como las relativas al alcance de las funciones de los administradores en tanto la sociedad no es inscrita.

Pese a haber incumplido el plazo de dos meses establecido en la Ley para practicar la inscripción en el Registro Mercantil, las actuaciones de la sociedad en formación, estarían amparadas por la Ley siempre y cuando dicha inscripción se practique dentro del año siguiente a la fecha de constitución en escritura pública. Una vez transcurrido dicho plazo, la sociedad deviene irregular y los administradores incurrirían en responsabilidad.

No obstante, cabe indicar que los administradores de la sociedad en formación, según establece el párrafo tercero del artículo 37, están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos, a no ser que los Estatutos sociales o la escritura fundacional establezcan lo contrario.

La inscripción de Nitrox se produce el día 30 de septiembre de 2012, por lo que supera el período legalmente establecido, sin embargo, al haberse realizado la inscripción de la sociedad antes del vencimiento del plazo de un año, anteriormente referido, se consideran válidas todas las actuaciones realizadas por la sociedad con anterioridad a la práctica de la inscripción.

Entendiendo que, desde el momento de la constitución de la sociedad ésta comienza sus actividades (art 24 LSC), y que el contrato de compraventa de componentes electrónicos se incluye dentro del objeto social de la empresa, la responsabilidad recaerá sobre el patrimonio social.

## **II. JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS:**

Dejando a un lado los aspectos de constitución e inscripción, es menester ahora entrar en la valoración de las dos Juntas Generales, una Junta Extraordinaria y Universal de fecha 25 de noviembre del 2013 y una Junta Ordinaria celebrada el 5 de febrero de 2014. A efectos de aclarar nuestra exposición, emplearemos un criterio estrictamente cronológico, comenzando por analizar la Junta Universal y el acuerdo en ella adoptado para pasar, más tarde, a tratar los aspectos concernientes a la segunda Junta General.

Respecto a los acuerdos adoptados en Junta es necesario realizar una aclaración previa; el ordenamiento jurídico reconoce la existencia del acuerdo social, como manifestación de voluntad de los órganos de las personas jurídicas, siempre que se cumplan determinadas formalidades que le permiten disfrutar al acuerdo social de presunciones “*iuris tantum*” de legalidad. Si se demuestra la falta de legitimidad del acuerdo, la investidura legal desaparece y con ello la propia existencia del acuerdo, resultando procedente su nulidad<sup>1</sup>.

### **1. JUNTA “UNIVERSAL” DE NOVIEMBRE DE 2013:**

La Junta universal queda válidamente constituida sin necesidad de previa convocatoria y para tratar cualquier asunto, siempre que estando presente o representado la totalidad del capital social, los concurrentes acepten, por unanimidad, la celebración de la reunión. En este sentido, los socios deberán ponerse de acuerdo tanto para la celebración de la reunión como en lo que se refiere a los asuntos que serán tratados en la misma, que puede ser

---

<sup>1</sup> PRESENCIA CRESPO, F., Legitimación activa y pasiva para el ejercicio de la acción de impugnación. El procedimiento de impugnación de acuerdos sociales en *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro*, Presencia Crespo, F. (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (Pág. 23-24).



cualquier tema que esté dentro de la competencia de la Junta General<sup>2</sup>, como recoge el artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital.

Siguiendo la opinión de Aurelio Menéndez y Ángel Rojo en *Lecciones de Derecho Mercantil (I)*, lo más relevante de la Junta Universal es que permite desbancar los requisitos de convocatoria que garantizan la posición de los socios<sup>3</sup>.

De los datos que se nos facilitan, se desprende que esta Junta no sería válida, al no estar presente todo el capital social, y por ende, los acuerdos adoptados en la misma, serán nulos de pleno derecho, a tenor del artículo 204.2 de la LSC.

Al amparo de la normativa aplicable al caso, por su vigencia temporal<sup>4</sup>, el acuerdo adoptado en Junta Universal sería a nuestro juicio nulo, por entender que el mismo es contrario al orden público, y ello basado en las siguientes razones:

### **1.1 Acuerdo adoptado sin estar presente o representado la totalidad del capital social.**

El artículo que regula la Junta Universal, exige como requisito sine qua non para su válida constitución, que esté presente o representado la totalidad del capital social. No dándose cumplimiento a este requisito, la consecuencia será la nulidad de todos los acuerdos adoptados.

La doctrina del TS en esta materia es clara, así, en sentencias de 29 de septiembre de 2003, 30 de mayo y 19 de julio de 2007 y 28 de noviembre de 2007, entienden que, con independencia del contenido de los acuerdos adoptados, una Junta celebrada sin cumplir la primera de las condiciones del artículo 99 (presencia del 100% del capital social) está viciada por defecto de nulidad 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*”<sup>5</sup>. Mencionar que el artículo 99 al que la sentencia hace referencia, corresponde al Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, actualmente derogada. No obstante, ese artículo tiene su homólogo en la legislación actual, en concreto el artículo 178 de la LSC anteriormente mencionado, por lo que la conclusión es, por analogía aplicable al del asunto que nos ocupa, el acuerdo de retribución de los administradores adoptado en Junta Universal fraudulenta, es nulo.

### **1.2 La retribución del administrador no estaba prevista en los Estatutos sociales.**

Debemos entonces tener presentes dos consideraciones, por un lado el cargo de administrador es gratuito salvo que se disponga lo contrario, y que dicha previsión debe estar contenida en los Estatutos de la sociedad, (art 217 LSC).

---

<sup>2</sup> SANCHEZ CALERO, F. *Principios de Derecho Mercantil. Tomo I.* (2014) Pamplona: Aranzadi. (Pág.236-237).

<sup>3</sup> MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I.* (2011) Pamplona: Thomson Reuters indican que “*estableciéndose estos requisitos en garantía de los socios, es claro que pierden todo su significado cuando los propios socios acuerden unánimemente constituirse en junta para tratar cualquier asunto*”. (Pág. 491).

<sup>4</sup> No será de aplicación, por no estar vigente la normativa actual, si bien se realizarán hipótesis más adelante acerca de su eventual aplicación.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010.

En este caso, como del propio supuesto de hecho se desprende en los Estatutos de la sociedad no se contempla nada sobre la retribución de los administradores, por lo que una modificación en este sentido, requeriría del acuerdo de la Junta General, tal y como recoge el artículo 285 de la LSC.

La DGRN ha reiterado en numerosas ocasiones la presunción de gratuidad del cargo de administrador, precisando que los Estatutos son los encargados de modificar dicha presunción<sup>6</sup>, así como ha aclarado que la competencia para tal modificación debe recaer en la Junta General<sup>7</sup>.

El régimen de aprobación de dicha retribución, debe recaer en la Junta General, ha reiterado el TS, porque, aunque el derecho a la misma provenga de los estatutos, es la única manera de comprobar el cumplimiento de los mismos en relación a las reservas, beneficios u otros de ese ejercicio social<sup>8</sup>.

En definitiva, *“la retribución de los administradores no se realiza en atención a los servicios y por el justo pago de las funciones que éstos realicen, sino de la recompensa por dichas funciones en relación a la más justa retribución que se pueda alcanzar en relación a las circunstancias sociales tanto por cuanto se haya fijado en los Estatutos dentro del marco legal imperativo, como en cuanto a la situación societaria concreta en el momento en que se tome el acuerdo”*<sup>9</sup>.

Esta última consideración, podría dar lugar a la apreciación de un tercer motivo de impugnación.

### **1.3 Retribución excesiva a la luz de la situación económica de la sociedad.**

Pues, a mayor abundamiento, las consideraciones hechas recientemente sobre la remuneración de los administradores, unido a los propios hechos relevantes planteados en el caso, nos hacen deducir que la remuneración fijada es, cuando menos, inadecuada dada la situación económica de la sociedad, puesto que seis meses después de la adopción de dicho acuerdo, se nos dice expresamente que la situación económica de la sociedad *“comienza a empeorar”*.

Es por ello, que consideramos que el acuerdo adoptado es impugnabile también por establecer una remuneración desproporcionada de modo unilateral y sin la aprobación del resto de los socios.

Entendemos que la remuneración de los administradores es un hecho que puede y de hecho ha afectado a la situación patrimonial de la Sociedad y por tanto a los socios, por lo que, independientemente de la celebración fraudulenta o simulada de la Junta, es un aspecto que debería haber sido consultado, reiterándonos así, en la posibilidad de impugnar el acuerdo en que fue adoptada tal remuneración.

---

<sup>6</sup> Resolución de 18 de septiembre de 1999.

<sup>7</sup> Resolución de 12 de noviembre de 2002.

<sup>8</sup> STS de 19 de febrero de 2001.

<sup>9</sup> SANJUAN Y MUÑOZ, E. *La retribución de los administradores de las sociedades* en GIMENO-BAYÓN COBOS, R., GARRIDO ESPA, L. (Dir.). *Órganos de la sociedad de capital*. (2008). Valencia: Tirant lo Blanch (pág. 825).

Pese a que como ya hemos expuesto, los órganos sociales deben tener capacidad de decisión y “*aun cuando es cierto de que los Tribunales han de proceder con ponderación y cautela procurando no invadir la esfera de acción reservada por la Ley o los Estatutos a los órganos de la Sociedad, ello se entiende sin perjuicio de que con plena libertad de actuación, siempre ajustada a derecho, el juzgador pueda y deba revisar los acuerdos si el proceso ofrece demostración suficientemente razonable de que el organismo social se ha extralimitado... o ha causado lesión a la entidad en beneficio de algún socio*”, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004.

La consecuencia jurídica derivada de los tres motivos de impugnación, es idéntica, la nulidad de los acuerdos en la Junta objeto de mención en este apartado, por aplicación de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital.

De la doctrina del TS sobre el orden público, recogemos la opinión dada en la *Revista Xurídica Galega* por Enrique Sanjuán y Muñoz en su artículo «Orden público e impugnación de acuerdos sociales»<sup>10</sup> en el que menciona el componente intencional como clave para apreciar la vulneración del orden público en materia societaria.

En el supuesto de hecho planteado, es indiscutible que el componente intencional nos lleva a una utilización del acuerdo adoptado en la Junta, fraudulentamente celebrada, en beneficio propio por lo que, incluso atendiendo a esto, el acuerdo es como mínimo impugnabile, aparte de las consecuencias penales que serán analizadas posteriormente en nuestro trabajo.

Aceptando entonces la posibilidad de impugnar el acuerdo, debemos concretar ahora quienes serían los legitimados para ejercitar la acción. Esta materia se regula en el artículo 206 de la LSC que reconoce como legitimados para ejercitar la acción de impugnación contra los acuerdos contrarios al orden público a cualquier socio, administrador o tercero.

En el caso que nos ocupa, cualquiera de los otros tres socios, Doña Ana, Doña Mercedes o Doña Sonia podrían, en el momento en que Doña Mercedes descubre la celebración de la Junta Universal, impugnar el acuerdo.

En cuanto al plazo, la acción de impugnación cuando un acuerdo es contrario al orden público, no caduca, según lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley de Sociedades de Capital.

Para la impugnación de los acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario tal y como establece el art. 207.1 de la LSC y deberá ser una sentencia firme estimatoria de la impugnación la que declare la nulidad del acuerdo, sentencia que deberá inscribirse en el Registro Mercantil (art. 208.1 TRLSC).

Para finalizar, nos gustaría hacer un breve comentario sobre la Ley 31/2014 por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, para la mejora del gobierno corporativo, a través de la cual, se revisaron determinados artículos en relación, precisamente a los temas que nos ocupan.

Por una parte, con la reforma introducida por dicha Ley, desaparece la distinción entre acuerdos nulos y anulables, en un intento de simplificar el régimen de impugnación de

---

<sup>10</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, E. *Orden público e impugnación de acuerdos sociales*. Disponible en: <http://www.rexurga.es/pdf/COL242.pdf> (última consulta: noviembre de 2015). En este texto, el autor sostiene que “*en el marco de interpretación y prueba del "orden público societario" lesionado el Tribunal Supremo ha construido una doctrina que resumimos así: un concepto jurídico indeterminado, excepcional, de interpretación restrictiva cuyo análisis, en relación a la causa y contenido de los acuerdos sociales, deberá realizarse atendiendo al propósito práctico pretendido por el acuerdo (como elemento intencional)*”. (Pág. 18-19).

acuerdos sociales. Así, los acuerdos son de modo genérico susceptibles de ser impugnados en el plazo de un año, en caso de que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o al reglamento de la Junta General de la sociedad, o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art 204 del TRLSC).

Es decir, desaparece la diferenciación en la impugnación de acuerdos nulos y anulables que establecían consideraciones distintas en cuestiones de legitimidad o plazos, procedentes de las categorías tradicionales de los negocios jurídicos. Sin embargo, hay una puntualización que se mantiene, a saber, los acuerdos contrarios al orden público, no estarán sometidos para su impugnación a plazo alguno (art. 205.1 TRLSC).

En este caso, dado que el cauce para la impugnación proviene de su consideración como acuerdo contrario al orden público, la reforma no introduce ningún cambio sustancial.

Otro de los aspectos que han sido objeto de modificación con la reforma, ha sido el régimen de retribución de los administradores, recogiendo las consideraciones introducidas en el «Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013» elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo»<sup>11</sup>.

El objetivo perseguido por la reforma es, tal y como apunta el artículo recientemente mencionado, incrementar las competencias de la Junta de accionistas sobre la remuneración de los administradores y garantizar que la misma se adecúa al mercado en el que opera la sociedad y a su situación económica en cada momento. En concreto, para el caso de la remuneración de los administradores, la norma establece la presunción de gratuidad de la labor de administración salvo que los estatutos contemplen lo contrario, en cuyo caso habrán de determinar el sistema de remuneración (art.217.1 TRLSC). Con la reforma, se incluyen en este precepto dos consideraciones adicionales; por un lado, la competencia de la Junta General para determinar el importe máximo de retribución de los administradores (antes sólo se recogía esta referencia para la sociedad limitada) y la necesidad de que tal remuneración, guarde una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables.

En el caso objeto del presente trabajo, como ya hemos apuntado, será de aplicación la redacción anterior de la norma, por lo que no cabría la posibilidad de apelar a la competencia de la Junta de accionistas en lo que respecta a su determinación, pese a que veamos flagrantes incumplimientos de los objetivos de esta reforma en nuestro supuesto de hecho.

## **2. JUNTA DE ACCIONISTAS DE 5 DE FEBRERO DE 2014:**

Pasando ya a las consideraciones relevantes acerca de la segunda de las Juntas celebradas, la Junta General convocada para el 5 de febrero de 2014, hemos de estar en primer lugar a lo dispuesto por la Ley de Sociedades de Capital acerca del régimen de convocatoria previo a la celebración de dicha Junta, y en segundo lugar, trataremos la posible vulneración del derecho de información de los socios respecto de la misma.

---

<sup>11</sup> *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013* elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. Disponible en [http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc\\_estmodif\\_20131014.pdf](http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf) (última consulta: noviembre de 2015).

## 2.1 Vicios de la convocatoria:

El artículo 164 de la LSC, al hablar de la Junta General establece que la Junta General, ha de ser debidamente convocada al efecto, existiendo asimismo un capítulo expresamente dedicado a la convocatoria.

En el caso que nos ocupa, es de especial interés tanto el plazo como la forma de convocatoria existiendo, en nuestra opinión, ciertas irregularidades.

### a) Incumplimiento del plazo:

En primer lugar, por lo que respecta al plazo, la Junta General prevista para el 5 de febrero fue convocada el 20 de enero de 2014, incumpliendo claramente el plazo de un mes establecido para las Sociedades Anónimas en el artículo 176 de la LSC. La consecuencia de este incumplimiento es la nulidad de la Junta<sup>12</sup> y, por ende, de todos los acuerdos en ella adoptados, tal y como se desprende de la literalidad de la norma en su precepto regulador de los acuerdos sociales impugnables (art. 204 LSC)<sup>13</sup>.

Para la impugnación de este acuerdo, debemos atender al plazo general de un año previsto desde la adopción del mismo, al no estar en este caso frente a un supuesto de vulneración del orden público como comentamos anteriormente, con la especialidad, de que los socios que hayan votado a favor del mismo, pueden intervenir *a su costa* en el proceso para mantener su validez.

Es decir que, estando legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo, en el caso de los primeros, y a salvo de Sonia, que según se desprende del supuesto de hecho, ha votado en contra de los acuerdos adoptados en la Junta, intervendrán a su costa en el proceso de impugnación, que como ya hemos mencionado con anterioridad, seguirá los trámites de del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (207 LSC).

En lo que respecta a la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento del plazo de convocatoria, la reforma de la Ley de Sociedades de Capital con la Ley 31/2014, no introduce tampoco modificaciones significativas.

En este sentido, por la vía de acuerdo contrario a la ley, el acuerdo será impugnabile, habida cuenta de la desaparición de la distinción entre acuerdos nulos y anulables ya comentada anteriormente. Además, cuando el artículo 204 LSC introduce la relación de supuestos excluidos de impugnación en su apartado 3, menciona aquellos que incumplan

---

<sup>12</sup> Esta consecuencia ha sido reiteradamente mencionada en la jurisprudencia, entre otras, la SAP de Madrid de 23 de abril de 2010 nos aclara que , “*en estos supuestos de vicios en la convocatoria, constitución o celebración de la junta general o del consejo de administración determinantes de la nulidad o la anulabilidad de todos los acuerdos de la junta o del consejo cuando se habla de la nulidad o anulabilidad "de la junta general" o "del consejo de administración", como también en ocasiones de solicita o incluso se acuerda en la sentencia la nulidad "de la convocatoria" de tal junta o consejo. Pero en puridad, lo que es nulo o anulable, lo que la ley prevé que puede impugnarse no es "la junta" o "el consejo", ni tampoco la "convocatoria", sino los acuerdos adoptados en tal junta o consejo a los que se refiere la convocatoria realizada sin observar las exigencias legales o estatutarias*”.

<sup>13</sup> DGRN de 28 de julio de 2014, nos recuerda “*que la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria*”.

requisitos procedimentales, si bien aclara, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, que sí puede ser objeto de impugnación.

Las consideraciones acerca de la legitimidad para impugnar los acuerdos sociales sí se han visto modificadas, introduciéndose en el art. 206 LSC un nuevo requisito de participación, que exige que los socios representen, individual o conjuntamente como mínimo el 1% del capital social y que hayan adquirido tal condición, en un momento anterior a la adopción del acuerdo que se pretende impugnar, salvo que éste sea contrario al orden público.

No se han producido modificaciones en lo que respecta al procedimiento de impugnación recogido en el artículo 207 de la Ley de Sociedades de Capital.

#### *b) Publicidad de la convocatoria:*

Asimismo, entendemos que existe otra irregularidad relativa a la forma de la convocatoria recogida en el artículo 173 de la LSC. El motivo de la irregularidad es que, aunque este artículo prevé la posibilidad de que la Junta sea válidamente convocada mediante anuncio en la página web de la sociedad, exige para ello que la página web haya sido publicada en el Boletín Oficial Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 11 bis de la citada norma.

La no observancia de este requisito privará de efectos jurídicos a cualquier anuncio publicado en la misma, por lo que, en el caso planteado, la convocatoria de la Junta General, no habría surtido efecto. Es decir, la Junta no ha sido convocada, por lo que los acuerdos en ella adoptados son nulos por ser contrarios a la ley, lo que como ya hemos dicho dota al resto de socios de la legitimidad necesaria para impugnarlos, en el plazo de un año.

## **2.2 Vulneración del derecho de información:**

Otro de los aspectos capitales en el tratamiento de esta Junta es la posible vulneración del derecho de información reconocido con carácter general en el artículo 93 de la LSC y recogido para las sociedades anónimas en el artículo 197 de la misma Ley<sup>14</sup>.

Asimismo, el artículo 272 de la LSC, establece el derecho de información de tipo contable, recogiendo en su apartado segundo, el derecho de los socios a obtener de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta General.

Este precepto tiene un mejor encaje en lo referente al supuesto de hecho planteado, pues el derecho de información de doña Sonia se concreta en información de tipo bancaria, contable y fiscal relativa a las cuentas anuales objeto de aprobación en dicha Junta.

Según reiteradamente ha resaltado la jurisprudencia, *“el derecho del accionista a ser informado -«derecho de información social»- es la facultad que, el mismo, tiene atribuida por Ley, para obtener un correcto y debido conocimiento, lo más exacto posible, de la situación económica, patrimonial y financiera de la sociedad, así como los datos necesarios para calibrar y calificar la gestión social, y es éste un derecho esencial no sólo inderogable, sino, asimismo, irrenunciable, y, que desde luego, su desconocimiento*

---

<sup>14</sup> Tal y como aclara BLASCO GASCÓ, F. de P. *“este derecho reviste carácter imperativo y como tal no es modificable por los particulares dado el aspecto público que muestra y la garantía que a los socios proporciona”* en PRESENCIA CRESPO, F. *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro*. CGPJ. Escuela Judicial. (2007). Madrid: Lerko Print. (pág. 212).

*acarrea ineludiblemente la nulidad de los acuerdos de la Junta, en que previo a un desarrollo, se ha denegado a cualquier socio la información solicitada, y que desde luego, en ese caso, puede solicitar el correspondiente amparo judicial, aunque dichos acuerdos hayan tenido el apoyo del voto mayoritario”<sup>15</sup>.*

El derecho de información del socio tiene en la legislación vigente una doble vertiente, por un lado, el derecho de información previo a la celebración de la Junta, y por el otro el derecho a la información durante la celebración de la misma, ambos recogidos, en el artículo 197 para las sociedades anónimas.

Por ello, la Ley de Sociedades de Capital contempla un régimen distinto para el ejercicio del derecho de información antes de la celebración de la junta general, y el que se ejercita durante la celebración de la misma, en cuyo caso, de no poder ser satisfecha esa solicitud de información, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la Junta.

El único motivo de denegación de la información solicitada es que, a juicio del presidente, la publicidad de la misma pueda perjudicar los intereses sociales. No obstante, no procederá la denegación de información cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.

Es decir, aunque el administrador único Don Héctor, supusiera que el fin último de la solicitud de información fuera el empleo de dicha información de un modo “abusivo”, no podría ampararse en esto para denegársela, al representar la socia solicitante, el 25% del capital social de la entidad.

Sin embargo, en el caso que se nos plantea, entendemos que la pretensión de Doña Sonia al tratar de recabar información contable, bancaria y fiscal, no entraña más que la intención de indagar sobre la situación económica de la sociedad en la que participa, por lo que la denegación de dicha información en base a la posible utilización en perjuicio de la sociedad estaría, en este caso, injustificada<sup>16</sup>.

De este modo, el hecho de que Don Héctor deniegue en parte la obtención de la citada información no sería, por sí misma, causa de impugnación de la totalidad de los acuerdos adoptados, aunque sí lo sería en lo referente al acuerdo concreto adoptado con vulneración del derecho de información de Doña Sonia<sup>17</sup>, así como ya hemos destacado anteriormente,

---

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1996.

<sup>16</sup> Tal y como señala la STS núm. 377/2012 de 13 de junio : “[...] *la pretensión de limitar los derechos de la minoría cualificada a proponer la adopción de acuerdos, vetando aquellos que tengan por objeto obtener información sobre asuntos sociales que no están relacionados con asuntos consignados en el orden del día confeccionado por los administradores, al socaire de que la junta es un órgano decisorio sobre materias de su competencia, cercenaría de forma inadmisibile el derecho autónomo de información de los socios - por más que habitualmente tenga finalidad instrumental en relación con la formación de la decisión de voto-, y permitiría a los administradores una opacidad sobre aquellas materias que decidieran no someter a la junta, extremos incompatibles con el deber de transparencia de quien gestiona bienes ajenos”.*

<sup>17</sup> Así lo recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2010 en la que resolvió sobre un supuesto de hecho similar al que subyace al presente trabajo “*la segunda impugnación —segundo submotivo— se refiere a que la sentencia recurrida declara la nulidad de la totalidad de los acuerdos, y ello supone desconocer la doctrina jurisprudencial (SS. 8 de octubre de 1975, 23 de junio de 1995, 9 de diciembre de 1996, 18 de marzo de 1998, 29 de marzo de 2005) que establece que los efectos de la falta de información no trascienden a la totalidad de los acuerdos adoptados en una Junta General, sino tan sólo a aquéllos sobre los que el efecto del vicio se proyecta”.*

sería impugnabile dada la convocatoria irregular de la Junta General celebrada el 5 de febrero.

Es preciso mencionar, como hemos hecho anteriormente las especialidades de este precepto tras la reforma, aunque, como ya hemos dicho no sea de aplicación. El tratamiento de este derecho se ha visto modificado con el fin de evitar la utilización abusiva del derecho de información y la impugnación estratégica de acuerdos sociales sobre la base de infracciones formales.

Así, el Comité de Expertos nos recuerda que *“no ofrece duda que el ejercicio del derecho de información previo a la junta está directamente ligado al interés del accionista de formarse una opinión que le permita un ejercicio diligente de sus derechos como accionista durante la junta y, en concreto, del derecho de voto”*<sup>18</sup>.

Tras la reforma, se han ampliado los supuestos de posible denegación del derecho de información, al extenderlos a los casos en que *“esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o sociedades vinculadas”* (art. 197.3 LSC).

No obstante, ni siquiera tras la reforma, existirían razones para que el derecho de información de Doña Sonia se viese vulnerado, pues la información demandada, queda embebida en el contenido mínimo del derecho de información contable recogido en el artículo 272.

Sobre ello nos ha parecido muy ilustrativo un artículo recogido en *Economist & Jurist*, titulado *“Límites al derecho de información del accionista”*<sup>19</sup> que trata la relación entre los dos derechos anteriormente mencionados, el derecho de información genérico recogido en el artículo 197, y el derecho de información contable, recogido en el artículo 272<sup>20</sup>.

### III. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR:

Finalmente, debemos tratar la posible responsabilidad del administrador único en algunos de los hechos relevantes<sup>21</sup>. Para ello, queremos apuntar en primer lugar cuál es el concepto

---

<sup>18</sup> *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013* elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. Disponible en [http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc\\_estmodif\\_20131014.pdf](http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf) (última consulta: noviembre de 2015). (Pág. 25).

<sup>19</sup> *Economist & Jurist*, nº 178 (marzo de 2014), *“Límites al derecho de información del accionista”*.. En este sentido, revela la rotunda compatibilidad en la aplicación de ambos preceptos, recordando que *“el TS aclara que el artículo 272.2 LSC impone el contenido mínimo de la información documental que ha de ponerse a disposición del accionista. Precisamente porque se interpreta dicho precepto en términos de mínimos, es por lo que es compatible y puede y debe completarse con el contenido del derecho de información del artículo 197 LSC, en el sentido de que el accionista no sólo tiene derecho a obtener y examinar los documentos contables sometidos a la aprobación de la junta general. También podrá solicitar información adicional sobre datos conexos y necesarios para poder controlar la forma de gestionar la sociedad y el cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad”* (pág. 16).

<sup>21</sup> Sobre este tema, nos pareció inspirador el artículo de BOLDÓ RODA, C. Y MARTÍ MOYA, V (2013) El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisitado a la luz de la reciente jurisprudencia publicado en *Revista de derecho de sociedades*, Aranzadi nº41 *“Es bien sabido que el Derecho privado ha mostrado siempre una especial preocupación por evitar que quienes ostentan la*



de responsabilidad que contempla la Ley de Sociedades de Capital, aclarado en los Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital de Ángel Rojo y Emilio Beltrán<sup>22</sup>.

Es necesario destacar la diferencia frente a la llamada responsabilidad por deudas, en la que no se pretende el resarcimiento por el daño causado por el administrador, sino la imputación de deudas de la sociedad al patrimonio personal de los administradores. Dejaremos por ello a un lado, la posible responsabilidad por la deuda contraída con carácter previo a la inscripción de la sociedad que ya ha sido tratada al hilo de las cuestiones de constitución e inscripción de la sociedad.

Los presupuestos necesarios para la concurrencia de responsabilidad de un administrador en el contexto societario son: el daño, la acción omisión ilícita y culpable y el nexo causal<sup>23</sup>.

En otro orden de cosas, Rojo y Beltrán nos recuerdan que “*aun cuando no exista una previsión general y expresa en nuestro ordenamiento, la sociedad puede pedir la restitución de aquellos beneficios que derivan de su comportamiento ilícito*”<sup>24</sup>.

Dicho todo esto, vamos a tratar de analizar la eventual responsabilidad de Don Héctor, administrador único de la sociedad en algunos de los hechos anteriormente comentados<sup>25</sup>.

## 1. ACUERDO DE RETRIBUCIÓN:

En primer lugar, es preciso tratar, dentro de las cuestiones societarias que este caso nos plantea, la posible responsabilidad de Don Héctor por la primera Junta de accionistas

---

*representación de intereses ajenos caigan en la tentación de abusar de sus poderes para beneficiarse personalmente*” (pág.455-456).

<sup>22</sup> Dice J. QUIJANO, autor del artículo relativo al tema que estamos tratando que “*se trata de una responsabilidad subjetiva o por culpa, matizada por algunos elementos que agravan su exigibilidad, que toma de la doctrina general de la responsabilidad civil común los presupuestos materiales que la desencadenan, y del contexto societario en el que se inscribe las especialidades en materia de ejercicio de las acciones para exigirla, la acción social si el perjuicio recae sobre el patrimonio de la sociedad, y la individual si ha habido lesión directa del patrimonio personal de socios o terceros*” en ROJO, A., BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. (2011). Madrid: Thomson Reuters. (Pág. 1691-1692).

<sup>23</sup> A efectos de este análisis hemos encontrado muy ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 31 de marzo de 2014 en la que explica que, “*la acción social de responsabilidad se dirige a proteger y defender el patrimonio de la sociedad frente a los daños o lesiones que los administradores hayan causado a la mercantil por actos u omisiones contrarios a la ley o a los Estatutos o realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, debiendo existir un nexo causal entre la acción u omisión ilícita y el daño sufrido por la sociedad, estando legitimados para su ejercicio en primer lugar la sociedad, subsidiariamente los accionistas en cuanto titulares de un interés indirecto en la defensa del patrimonio social y, en último lugar, los acreedores sociales*”.

<sup>24</sup> ROJO, A., BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. (2011). Madrid: Thomson Reuters. (Pág. 1624).

<sup>25</sup> Antes de comenzar, nos gustaría recoger la opinión dada por Aurelio Menéndez y Ángel Rojo en Lecciones de Derecho Mercantil acerca de la responsabilidad de los administradores, “*cualquier incumplimiento – aunque sea meramente culposos o negligentes – por los administradores, de este grado de diligencia legal, generará la pertinente obligación de resarcimiento por los daños patrimoniales que causen, tanto si se trata de la realización de actos lesivos como de supuestos de negligencia por omisión, cuando sea su inhibición en el ejercicio de las funciones propias del cargo lo que propicie la causación del perjuicio*” en MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*. (2011) Pamplona: Thomson Reuters. (Pág. 509).

celebrada de modo fraudulento, la Junta General Extraordinaria celebrada el 25 de noviembre del 2013.

Sin duda en este caso, estamos a nuestro juicio ante una flagrante falta del deber de diligencia en la administración que recae sobre el administrador de cualquier sociedad, así como del deber de lealtad recogidos en los artículos 225 y 226 de la LSC, respectivamente<sup>26</sup>.

El incumplimiento de estos deberes inherentes al cargo de administración es claro al atribuirse una remuneración en una Junta fraudulenta y sin el consentimiento del resto de socios, lo que constituye una actuación ilícita por ser contraria a la ley y a los Estatutos que nada dicen sobre la remuneración del cargo de administrador, y que reglamentan la organización y funcionamiento de la sociedad.

Dicho incumplimiento constituye, evidentemente, una actuación culpable, el problema es, a efectos de imputar la responsabilidad, demostrar la que es para la doctrina condición indispensable para que haya lugar a la responsabilidad de los administradores: la relación de causalidad entre el daño producido y la actuación ilícita y culpable.

Y, en este caso, el nexo de causalidad existente lo encontramos en la posterior declaración de concurso. Es decir, si la sociedad estaba en una situación económica complicada (tan sólo seis meses después del citado acto jurídico la sociedad es declarada en concurso), es altamente probable que la situación económica no tornara en dificultades de un modo repentino, sino que, dicha situación fuera conocida por el administrador con anterioridad a la declaración del concurso.

Con respecto a la responsabilidad de los administradores por esta infracción en el contexto de este tipo de situaciones, la STS de 2 de febrero de 2004 es clara “*para destruir la calificación de insolvencia patrimonial, probar que efectivamente no era esa la situación real de la sociedad en los ejercicios anteriores*”.

Es decir, uno de los únicos modos de excluir su responsabilidad en su vertiente societaria, sería demostrar que la situación patrimonial adversa es sobrevenida y no fue causada, por la retribución que se asignó por sí mismo, independientemente de su responsabilidad a efectos penales por la citada falsedad en ese acuerdo. No obstante, habría lugar a la acción social de responsabilidad en caso de que se estimase probado el nexo de causalidad mencionado entre la actuación del administrador y el perjuicio económico de la sociedad, al verse perjudicado el patrimonio social.

## **2. INCUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN INFORMACIÓN:**

Por otra parte, es preciso traer a colación, al respecto de la segunda de las Juntas Sociales celebradas, las deficiencias en las formalidades exigidas por la norma para la convocatoria de la Junta Ordinaria.

Tal y como recogen Rojo y Beltrán en su Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, sobre el deber de información del administrador “*como todo gestor de intereses ajenos,*

---

<sup>26</sup> “*El derecho de sociedades codificado no incorpora una cláusula general del deber de diligencia y sólo contiene una referencia a la responsabilidad del socio personalista por malicia, abuso de facultades y diligencia grave (art. 144 CdC)*” en ROJO, A., BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. (2011). Madrid: Thomson Reuters. (Pág. 1611).

*el administrador, está obligado a estar debidamente informado de todo aquello que, en su ámbito de responsabilidad, sea relevante para cumplir sus cometidos*”<sup>27</sup>.

Es preciso recordar aquí el criterio del Tribunal Supremo a este respecto, así, en sentencias como la de 7 de marzo de 2004 nos recuerda que el presupuesto básico para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, es la lesión del patrimonio societario.

Y es que, como ya hemos apuntado anteriormente, el bien jurídico protegido es el patrimonio social, como nos recuerda Herrera Cuevas en *La responsabilidad de los administradores*<sup>28</sup>.

Entendiendo lo cual, aplicaremos por analogía con la normativa de la Ley de Sociedades de Capital que para la concurrencia de responsabilidad basada sólo en actos de negligencia o falta de diligencia, como sería en este caso, es que exista un nexo causal entre la lesión de un tercero y la conducta negligente de los administradores, nexo que a nuestro juicio no concurre al tratarse de meros defectos de convocatoria que, si bien operan a efectos de nulidad de la Junta, no entrañan relación alguna con la situación patrimonial de la sociedad<sup>29</sup>.

### **3. VACIAMIENTO PATRIMONIAL:**

Finalmente, debemos mencionar el traspaso de la nave propiedad de “Nitrox S.A” al patrimonio de la empresa SOLYPLAYA, S.A., sociedad de la que es propietaria Doña Ana.

En este caso estamos claramente ante un negocio jurídico simulado cuyas consecuencias penales serán abordadas en la parte correspondiente de este estudio. Sin entrar como hemos dicho en la posible tipicidad púnica, analizaremos, desde una perspectiva societaria el hecho anteriormente expuesto.

Es preciso aclarar que, a tenor de la propia norma, el que el acuerdo haya sido adoptado en Junta General, no excluye la responsabilidad del órgano de administración, tal y como apunta el artículo 236 en su apartado segundo.

Y decimos en Junta General que en todo caso habría sido Universal al no mencionarse ninguna actuación respecto a la convocatoria, pero si aclarar que todos los socios aceptan la propuesta, por lo que entendemos que está presente todo el capital social en el momento de la adopción del acuerdo.

---

<sup>27</sup> ROJO, A., BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. (2011). Madrid: Thomson Reuters. (Pág. 1618).

<sup>28</sup> GIMENO- BAYÓN COBOS, R. Y GARRIDO ESPA, L. (Dir.). *Órganos de la sociedad de capital*. (2008). Valencia: Tirant lo Blanch (Pág. 1018).

<sup>29</sup> SÁNCHEZ GIMENO, S. (2006) La retribución de los administradores de sociedades de capital y las relaciones de prestación de servicios distintos al desempeño del cargo en caso de concurso de acreedores en *Anuario de derecho concursal*, Aranzadi (nº8), “Desde la perspectiva concursal, la única particularidad de las relaciones contractuales de servicios entre administradores y sociedad reside en la especial vinculación existente entre la parte in bonis- los administradores sociales- y la parte concursada –la sociedad-. De tal vinculación derivan algunas especialidades de tratamiento expresamente previstas en la *Ley Concursal*”. (pp. 114-115).

De cualquier modo, como ya hemos destacado el que el acuerdo haya sido aceptado por los demás socios, no excluye de responsabilidad a Don Héctor, a quien la propia norma atribuye el deber de actuar con la diligencia propia de “*un ordenado empresario*”.

Volviendo a los presupuestos de la responsabilidad, consideramos que en este caso la acción ilícita y culpable está más que probada, al aclararnos la literalidad del supuesto que la intención de los socios es reconocer la compraventa de la nave por su precio de mercado e integrarla en el patrimonio de SOLYPLAYA SA sin que en realidad se produzca ningún cambio, pues seguirán trabajando allí.

La actuación del administrador Don Héctor es antijurídica al consentir la consumación de un negocio jurídico simulado cuyas consecuencias penales trataremos posteriormente. Es asimismo culpable, pues no concurren a tenor de los datos ofrecidos por el caso, los supuestos de error, caso fortuito ni fuerza mayor.

#### **4. INCUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN SOLICITAR CONCURSO:**

El daño en este caso consistirá nuevamente en el vaciamiento patrimonial que precede a la posterior declaración de concurso, así como la calificación del mismo derivada del citado negocio jurídico fraudulento. En este caso ha lugar en nuestro parecer a la responsabilidad de Don Héctor por la falta de convocatoria de la Junta que acuerde la disolución o liquidación de la sociedad o en su defecto, inste el concurso de acreedores.

Esta responsabilidad es independiente del posible daño ocasionado a un eventual acreedor por la inexistencia de patrimonio societario con el que responder a una deuda, en sede concursal<sup>30</sup>. Habría lugar entonces a la responsabilidad de Don Héctor por no instar la disolución de la sociedad ante la situación económica de la misma, una responsabilidad previa e independiente a la eventual responsabilidad concursal posterior.

A modo de conclusión, en nuestra opinión muchas de las cuestiones expuestas están intrínsecamente relacionadas, por un lado, la retribución fijada de modo manifiestamente fraudulento en favor de sí mismo y sin contar con el acuerdo del resto de socios, por la otra la denegación de información a una de las mismas<sup>31</sup>, y finalmente la declaración de concurso de acreedores cuando la situación se vuelve insostenible.

Con la vigente LSC, la responsabilidad de los administradores se amplía, al introducir, la nueva redacción de la norma, un período de cuatro años desde que el hecho hubiera podido ser conocido, para ejercitar la acción de responsabilidad<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Se trata de una responsabilidad que “*no participa de la naturaleza y caracteres de la culpa extracontractual sino que surge «ex lege» por el solo hecho de que el administrador incumpla la obligación legal de convocar la Junta General o de solicitar la disolución judicial de la sociedad, sin que, por tanto, quede subordinada a la concurrencia de un nexo causal entre aquel incumplimiento y el daño que haya podido experimentar el acreedor social por el impago de su crédito*”, como ha destacado la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 4 de junio de 1999.

<sup>31</sup> Concreta Sánchez Calero en SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital*. (2007). Navarra: Aranzadi; “*los administradores deberán responder frente a los accionistas de los daños causados directamente a ellos si vulneran los derechos que les corresponden (...) si impiden a un socio de forma indebida el acceso a la reunión de la Junta General o a votar en ella*”. (pág. 417).

<sup>32</sup> Tal y como apunta *Economist & Jurist*, nº 190, mayo de 2015 en su artículo La reciente Ley 31/2014 de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo ha introducido como nuevo precepto el art. 241 bis que establece que “*la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse. El periodo de cuatro años ya estaba recogido en el Art. 949*

### 3. CONSIDERACIONES CAMBIARIAS.

El principal hecho relevante en el tratamiento de estas consideraciones, será el contrato de compraventa de material informático firmado entre Aventa S.L. y Nitrox S.A., para cuyo pago se libra una letra de cambio con fecha 30 de mayo de 2012.

El contrato de compraventa fue convenido por Don Héctor, en calidad de administrador único de la sociedad, según se desprende de la escritura de constitución, por importe de 20.000 euros, a pagar 2 meses después de la firma del contrato.

La letra se presenta a la aceptación, el 15 de julio de 2012, en el domicilio de Don Héctor, administrador único de Nitrox S.A. El administrador atiende al requerimiento imprimiendo en ésta el sello de la sociedad “Nitrox S.A”.

El pago no llegó a producirse<sup>33</sup> y la entidad compradora “Aventa SL”, solicita el cobro inmediato del mismo, insistiendo en la imposibilidad de aceptar una prórroga del plazo.

Es de aplicación al citado hecho la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, que comienza su articulado estableciendo cuales son los requisitos formales de una letra de cambio; a saber: la denominación de letra de cambio inserta en el texto mismo del título expresada en el idioma empleado para su redacción; el mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial (según redacción primitiva), el nombre de la persona que ha de pagar, denominada librado, la indicación del vencimiento el lugar en que se ha de efectuar el pago, el nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar, la fecha y el lugar en que la letra se libra y la firma del que emite la letra, denominado librador<sup>34</sup>.

En el presente caso, con los datos disponibles, la letra de cambio debería haber sido cubierta de la forma siguiente<sup>35</sup>.




---

*del Código de Comercio si bien el momento en que empezaba a contar dicho plazo se fijaba “desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración” los administradores. Aun así, la tendencia jurisprudencial era la de iniciar el cómputo en el que se produce el daño. (...). Sin embargo, el matiz introducido por la mentada reforma hace que el inicio del cómputo se fije en el día en que la acción de responsabilidad hubiera podido ejercitarse, esto es, como mínimo, el día en que se conocieron los hechos que podrían dar lugar a plantear dicha acción. En consecuencia, esta nueva regulación podría hacer en la práctica que la prescripción en los supuestos de la responsabilidad de los administradores fuese mucho más extensa de lo que pudiera parecer ab initio, ya que la cuestión fundamental está en saber cuándo los accionistas tuvieron conocimiento y pudieron tener acceso a las pruebas para demostrar el hecho” (pág. 72).*

<sup>33</sup> Pese a que en el supuesto no se nos indica una fecha concreta, entenderemos que la reclamación se produce el 30 de julio, momento en el que se había convenido que debía atenderse al pago de la misma.

<sup>34</sup> Art. 1 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.

<sup>35</sup> De los campos que necesariamente han de cubrirse en tal título cambiario, hemos cubierto el lugar de libramiento con XXXXX al no expresar el supuesto disposición alguna sobre este.

Lugar de libramiento XXXXX	MONEDA EURO €	IMPORTE # 20.000 #	CLASE 12ª  0,24 € de 48,09 € a 90,15 €
Por esta LETRA DE CAMBIO pagará usted al vencimiento expresado a la cantidad de (importe en letra) # VEINTE MIL EUROS #	Fecha de libramiento Día Mes Año 30 06 2012	VENCIMIENTO 60 DIAS / A LA FECHA	0 A 1284389
Persona o entidad: AVENTA S.L. Dirección u oficina: Población:	en el domicilio de pago siguiente: CÓDIGO CUENTA CLIENTE (CCC) Entidad Oficina DC Núm. de cuenta		
ACEPTO Fecha 15/07/2012 (Firma) 	Cláusulas: LIBRADO Nombre: NITROX S.A. Domicilio: Población: C.P.:	LIBRADOR: (Firma, nombre y domicilio)  AVENTA S.L.	

RCM-FNMT No utilizar este espacio por estar reservado para impresión magnética

## I. ELEMENTOS PERSONALES DE LA LETRA:

Entendiendo cumplidos, a falta de más datos, los restantes requisitos, el propio supuesto nos indica que, es en el tercer aspecto, indicativo del librado, en el que se sustenta el conflicto, conflicto que se enmarca dentro de los llamados elementos personales de la letra.

Para empezar a abordar este asunto, hemos querido tomar como punto de partida las consideraciones hechas en el manual de Aurelio Menéndez y Ángel Rojo en *Lecciones de Derecho Mercantil* acerca de la letra de cambio.

En el capítulo dedicado al derecho de valores, los autores destacan el elemento clave de la letra de cambio como efecto cambiario, la concurrencia de un librador, un librado y un tomador<sup>36</sup>.

En el supuesto planteado, identificamos tan sólo las dos primeras figuras, en este caso el librador de la letra sería el representante de “Aventa S.L.” que da a Don Héctor como administrador único de la sociedad Nitrox S.A., librado la orden de que pague el importe de 20000 euros a un tomador que en principio sería la primera sociedad, al producirse la orden de pago a favor de la misma.

La Ley Cambiaria permite la posibilidad de que librador y tomador coincidan en una misma persona física o jurídica en su artículo cuarto.

De la literalidad de los hechos narrados, entenderemos que, pese a que la figura del tomador y librador son concurrentes en la misma persona, en este caso la sociedad “Aventa S.L”, la figura del tomador, aparece reflejada en la letra, puesto que, en caso contrario, el título carecería de validez<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil* Volumen II. (2014). Pamplona: Thomson Reuters, destacan que la letra de cambio “es un título-valor, formal y completo a través del cual una persona –llamada librador– ordena a otra –llamada librado– a que realice un pago a favor de un tercero designado en el documento –que se denomina tomador– en el lugar y momento señalados. De este modo se abandona la estructura bilateral del pagaré, por la que –en principio y salvo endoso y avales– se liga sólo a dos sujetos; para pasar a una estructura triangular, en la que los sujetos mínimos (al menos formalmente) de la relación serán tres: librador, librado y tomador”. (Pág. 431).

<sup>37</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 19 de febrero de 2003, nos recuerda que “esta cuestión ha suscitado una polémica doctrinal y algunas Audiencias Provinciales sostienen que puede admitirse como título ejecutivo una letra de cambio en la que no conste designada la persona del tomador, cuando la acción se entabla entre librador y aceptante, entendiéndose en este caso que se ha librado a la

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Córdoba en sentencia de 2 de octubre de 2003 declara que *"el argumento técnico que avala esta solución nos viene dado por la posibilidad prevista en el art. 4 de la L.C., de que la letra pueda ser girada a la orden del propio librador por lo que si la letra se conserva por dicho librador en su poder hasta la fecha de su vencimiento se da la presunción de que ha sido girada a su propia orden"*. Entendemos de este modo salvado el defecto en el nombramiento del tomador.

Más polémico que la figura del tomador de la letra es en este caso la figura del librado de la misma, Don Héctor, quien, tal y como nos dice el supuesto, con carácter previo a la inscripción de la sociedad, documenta el contrato de compraventa de componentes electrónicos estableciendo como medio de pago, el citado efecto cambiario, lo cual tendrá especial relevancia en el momento de la aceptación de la letra.

## II. LA ACEPTACIÓN:

En este punto se plantea la idoneidad de Don Héctor para comprometerse en nombre de una sociedad que está en sede de formación. Este aspecto ya ha sido tratado al respecto de las consideraciones societarias, no obstante, tiene también repercusiones cambiarias merecedoras de mención.

En este sentido, *"la ausencia de verdadero librado y la falsificación de una aparente aceptación, aparte de la falsedad documental que supone, constituye un engaño idóneo determinante del pago por el tenedor del valor del descuento hecho en la creencia de que se trata de verdadera letra de cambio cuando en realidad no es tal, pues la existencia de librado constituye uno de los requisitos esenciales para la existencia de la letra, (art. 1 de la Ley Cambiaria)"*<sup>38</sup>. Por lo que, si no se considerase al administrador capacitado para obligar a la sociedad, la letra sería ineficaz.

No se trata tanto de su capacidad para comprometer a la sociedad, sino de si su condición de administrador de la misma fue suficientemente acreditada, para salvaguardar una eventual responsabilidad por impago de la deuda.

Sobre esto, existe un prolijo debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en el que se discute si es o no necesaria la mención de p.p. p.o. que acredita la actuación por poder en el marco de la llamada *contemplatio domini*.

En este sentido, la doctrina más conservadora, exige el cumplimiento de este requisito como *ad solemnitatem*, y por tanto, imprescindible para la validez del efecto cambiario, mientras que otro sector, en aras de dotar de mayor flexibilidad a este tipo de actuaciones, considera como cumplida la acreditación de que se actúa mediante poder, si quien actúa es una persona con poder de representación que pueda probar su actuación en nombre de otro.

La suscripción del título cambiario debe verificar o identificar la persona, física o jurídica, que emite la declaración. Por ello el art. 9 de la Ley Cambiaria establece que todos los

---

*propia orden, o cuando esa designación puede deducirse de las demás circunstancias que consten en el documento. Sin embargo, la opinión mayoritaria, dado el espíritu rigorista y formalista de la Ley, que considera la designación del tomador como un requisito esencial, se inclina a favor de la nulidad del título en los supuestos en que no conste tal designación. Y este criterio es el que esta Audiencia Provincial ha venido manteniendo, de manera que en el caso de autos no puede concederse fuerza ejecutiva a la letra de cambio en virtud de la cual se ha despachado ejecución, puesto que en la misma no constaba, al tiempo de su vencimiento, la designación del tomador, figurando en blanco el lugar destinado para ello"*.

<sup>38</sup> STS de 27 de mayo de 2011.

que pusieren firmas a nombre de otro en letras de cambio deberán hallarse autorizados para ello con poder de las personas en cuya representación obraren, expresándolo claramente en la antefirma. A esta consideración añade que los administradores sociales se entienden capacitados por el solo hecho de su nombramiento<sup>39</sup>.

Llegados a este punto, debemos plantearnos si la condición de Don Héctor como administrador único de la sociedad “Nitrox S. A.” fue válidamente documentado en el título cambiario.

El problema reside en la suficiencia del sello para que se entienda válida la aceptación, puesto que el tenor literal del artículo 29 de la citada norma habla de que la aceptación “*se expresará mediante la palabra «acepto» o cualquier otra equivalente, e irá firmada por el librado*”.

Y es que la norma habla de firma y no de sello ni estampita social, así como no termina de aclarar la necesidad de acreditar el poder de representación en virtud del cual se obra.

Es por ello que, tal y como aclara el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de abril de 2010, “*Todo ello ha venido a formar un cuerpo de doctrina respecto a la representación de las compañías mercantiles, y así, un grupo de sentencias consideró que es indispensable que en la antefirma se expresa que el firmante actúa en nombre del librador por poder, debiendo figurar la estampilla de la sociedad representada y otro exige que se exprese la representación de la antefirma, no estimando imprescindible la constancia de la indicación "por poder", reputando otros suficiente el que en el lugar destinado a la declaración figure el sello o estampilla de la sociedad, numerosas sentencias salvan la omisión del carácter representativo del firmante de la declaración, cuando existen elementos suficientes para deducir que su actuación no es en su propio nombre, sino a nombre de otro (el representado) y de quien son efectivamente apoderados*”.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013 resuelve sobre “*la imputación de la firma a quien la ha estampado para emitir el título, denominado firmante (art. 94 LCambiaría), como requisito formal para la validez y eficacia de un pagaré (art. 95 LCambiaría). La suscripción manuscrita conlleva el reconocimiento indudable de la autoría y voluntariedad de la declaración cambiaria. Por esta exigencia, como afirma la doctrina, se excluyen los supuestos de negligencia y se da fe de conocimiento del contenido de la declaración cambiaria. Por ello son inadmisibles las firmas del librador (firmante, en caso del pagaré) impresas, mecanografiadas o estampilladas, ya que su estampación no implica la cualidad de autenticidad y de voluntariedad consciente*”.

Sin embargo, en cuanto a la validez del sello, señala la sentencia de 7 de mayo de 2010 de la Audiencia Provincial de Murcia “*en los pagarés cuya efectividad se pretende*

---

<sup>39</sup> Sobre esto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 10 de octubre de 1996, al interpretar el artículo 9 de la LCCh, afirma que “*la norma contempla dos situaciones distintas: la de la representación voluntaria y por poder y la de la representación orgánica de las compañías mercantiles, que se entiende deferida por el solo hecho del nombramiento de administradores, sin necesidad de poder especial; sin embargo, ello, en modo alguno significa que no deba expresarse en la antefirma, en uno y otro caso, la persona por quien se actúa, para que ésta quede obligada por tal declaración. En otros términos, la especialidad de la norma analizada, para el caso de los administradores, consiste en dispensarles de la necesidad de poder, pero no de mencionar la cualidad con la que intervienen en todos los actos en que actúen en nombre de la sociedad representada, pues la norma tiene su base y fundamento en conocer la cualidad y condición siempre de los que actúan cambiariamente, a fin de que el tenedor sepa contra quién debe o puede dirigir su acción, y tiende a favorecer al titular del crédito, nunca al obligado cambiario*”.



*mediante la demanda de juicio cambiario, no consta antefirma, sello, ni referencia a la mercantil demandante de oposición, cuya representación, por tanto, no resulta de la literalidad de los efectos, con lo que en principio cabría concluir que es obligada cambiariamente la persona física que lo firmó*”, por lo que, a sensu contrario, bastaría con la imprimación del sello para que la sociedad quedara obligada por el efecto cambiario objeto de debate.

Por lo que respecta al lugar de aceptación de la letra, a tenor del art. 25 de la Ley Cambiaria, ésta ha de producirse en el domicilio del librado, sin embargo, estas disposiciones deben ser consideradas conjuntamente con lo dispuesto en el art. 92 de la misma norma, según el cual se entenderá por lugar la localidad o población, y por domicilio, la dirección o residencia<sup>40</sup>.

Es así que en el supuesto de hecho planteado, y entendiendo como ya hemos dicho que el administrador obra en virtud de poder suficiente para obligarse en nombre de la sociedad, nada obsta para que esta última sea considerada como obligada al pago de la letra. El hecho de que el representante de Aventa S.L. presente dicho título cambiario a la aceptación en el domicilio de Don Héctor, no convierte a éste en librado, en atención a las consideraciones hechas respecto del lugar de aceptación.

Las consecuencias de todo lo mencionado dependerán de la consideración de la suficiencia o insuficiencia del sello estampado como válido para producir la aceptación.

### **III. ACCIONES CAMBIARIAS:**

Fundamentalmente, la diferencia residirá en a quien se considere como eventual demandado por una acción cambiaria; al administrador, o a la sociedad. En cualquier caso, el artículo 49 de la Ley Cambiaria, reconoce la acción cambiaria directa contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso contra cualquier otro obligado, con independencia de que no se haya levantado protesto.

La acción cambiaria transcurrirá, tal y como apunta la propia norma en su artículo 68, a través del proceso especial cambiario, que se someterá al procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que respecta a las personas físicas o jurídicas contra las que el tenedor de la letra, tiene acción directa y acciones de regreso, el artículo 49 LCCh, dispone que la acción cambiaria puede ser directa contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso contra cualquier otro obligado, por lo que, en principio, el representante de Aventa S.L., tendría acción tanto directa como de regreso contra Nitrox, S.A., si entendemos que la condición de administrador resulta suficientemente acreditada, así como por no existir sociedad distinta que ésta ni como librador ni como endosantes.

La acción directa procede en el caso de que no se produzca de modo voluntario el pago de la letra, iniciándose, de este modo, un procedimiento de pago forzoso.

En función de cual sea la persona física o jurídica que ejercita la acción directa, la cantidad reclamada podrá ser superior o inferior. De este modo, si quien insta la acción es el tenedor de la letra en fecha de su vencimiento, éste podrá reclamar el importe que figure

---

<sup>40</sup> Considera García Pita en GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L. *La aceptación de la letra de cambio*, (1992). Madrid: La Ley. “Ante tan terminante pronunciamiento del propio legislador, pocas dudas son posibles, ya que aun cuando la expresión «dirección», podría seguir sugiriendo un local de negocios: un establecimiento mercantil, el término «residencia» –por el contrario– únicamente puede aludir al lugar donde se reside, donde se tiene la vivienda en que se habita” (pág. 149).

en el título cambiario y los intereses devengados en virtud del mismo (art. 6 LCCh), así como los réditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento. Si fuese otro el reclamante, la cantidad sería la llamada “cuenta de resaca”, entendiéndose por ésta la cantidad que efectivamente haya pagado más los intereses devengados (al interés legal del dinero)<sup>41</sup>.

Lo que diferencia a ambas es que, la acción directa no necesita de acto alguno que acredite que se ha producido la falta de aceptación o la falta de pago de la letra, es decir de protesto o declaración equivalente.

Y esto a salvo de que en la propia letra se haya hecho constar, tal y como prevé el artículo 56 de la misma norma la cláusula de devolución sin gastos, sin protesto, o cualquier otra indicación equivalente, que se entienda dispensa al tenedor de hacer que se levante protesto por falta de aceptación o por falta de pago para poder ejercitar sus acciones de regreso.

Prescindiendo de mayores suposiciones entendemos que tal previsión no se ha realizado por lo que, el representante de Aventa S.L., conservará acción directa contra Nitrox, S.A.

Cabe recoger también respecto de las excepciones de pago del artículo 67 de la citada norma, la posibilidad de que el propio librado aceptante, Don Héctor como representante de Nitrox S.A., oponga la excepción de la invalidez de su propia firma (sello en este caso), por no estar inscrita la sociedad en el Registro, así como por no indicar su condición de administrador único para obligar a la sociedad.

Respecto de la prescripción, la acción directa prescribe a los tres años desde el vencimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 88 de la LCCh, por lo que en este caso la fecha límite para entablar dicha acción finalizaría en 30 de agosto de 2015.

---

<sup>41</sup> BELTRÁN, E., SENÉS, C. *Derecho Cambiario*. (2013). Valencia: Tirant lo Blanch. (Pág. 197).

## 4. CONSIDERACIONES PENALES.

Antes de realizar consideración alguna, conviene aclarar que para la realización del presente trabajo, no se ha de tener en cuenta la reciente reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, al no estar en vigor en el momento de la realización de los hechos valorados.

En línea de principio, debemos considerar cuales, de las cuestiones que el presente caso nos plantea, pudieran dar lugar a consecuencias penales<sup>42</sup>. De este modo, consideramos que, tanto la falsificación de la firma de los socios en el acuerdo de la Junta General Universal de la sociedad sobre la retribución del administrador único, Don Héctor, como la posterior transmisión de la nave propiedad de “Nitrox S.A.” deben ser considerados como hechos relevantes a la hora de determinar las posibles responsabilidades penales.

En cuanto al orden de exposición, se ha utilizado un criterio cronológico, en aras a dar mayor claridad al conjunto, y en consonancia con el resto de las cuestiones previamente analizadas.

### I. FALSEDAD DOCUMENTAL:

#### 1. HECHOS RELEVANTES:

El primero de los hechos que debemos entrar a valorar es el acuerdo adoptado en Junta General Extraordinaria en fecha 25 de noviembre del 2013, en el cuál se establece una retribución a favor del administrador de 50.000 euros.

En el acta de la sociedad consta la firma de todos los socios, pero de los datos que se nos aportan extraemos el hecho incontestable de que, en puridad, ninguno de los socios tenía constancia de la celebración de dicha Junta, ni mucho menos de la adopción de tal acuerdo.

Sobre esto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2007 (recogida con anterioridad) establece que:

*"(... ) crear la apariencia de una Junta Universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal".*

#### 2. CALIFICACIÓN DEL DELITO:

Si ninguno de los socios tenía constancia de la celebración de la Junta, ni mucho menos de la adopción de tal acuerdo, parece obvio que se ha producido una Junta simulada, entendiendo como tal aquella en la que la reunión no tiene lugar, sino que se simula por uno de los socios, incurriendo por tanto en un posible delito de falsedad en documento mercantil recogido en los artículos 390 y siguientes del Código Penal.

---

<sup>42</sup> Como bien recoge Economist & Jurist en “La difusa frontera entre el ilícito mercantil y el ilícito penal en los delitos societarios”, “es necesario restringir los supuestos que justifican la intervención penal, que deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos naturalmente reservados al ámbito mercantil” en Economist & Jurist, nº 183, (septiembre 2014). “La difusa frontera entre el ilícito mercantil y el ilícito penal en los delitos societarios”. (Pág. 44).

Al respecto de la calificación del citado tipo, debemos comenzar diciendo que el propio Código ofrece una interpretación auténtica del concepto documento en el art. 26 donde lo define como todo *“soporte material que incorpore datos, hechos, o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”*.

El aspecto clave de esta definición es la última consideración al respecto de la relevancia jurídica, por lo que sólo son punibles las falsedades que afecten a aspectos esenciales del documento, en su relevancia jurídica<sup>43</sup>.

Dentro de la falsedad documental, encuadramos este ilícito como falsedad en documento mercantil, pues el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de junio de 2007 aclaró que *“se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter”*.

Así, el art. 392 que regula la falsedad cometida por particular en documento público, oficial o mercantil, recoge como requisito para la concurrencia del mencionado delito que el particular incurra en una de las falsedades recogidas en el artículo 390.

En concreto, en este caso estaríamos ante el tercero de los supuestos planteados como falsarios, la suposición de la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la ya mencionada STS de 7 de febrero de 2006 al indicar lo siguiente: *“decir que se celebró una junta universal de una sociedad limitada equivale a suponer que en ese acto inventado intervinieron todos los miembros de tal sociedad. Como, por otro lado, los documentos en que se hace constar la celebración de las correspondientes juntas de las sociedades comerciales son documentos mercantiles, es claro que nos encontramos ante una correcta aplicación de las mencionadas normas del CP los citados arts. 392 y 390.1. 3º”*.

Asimismo, es procedente señalar que estaríamos ante la creación de un documento *“ex novo”*, derivado de la citada falsificación. Así, en Sentencias del Tribunal Supremo como la de 28 de octubre de 1997 (caso “Filesa”), se declara *“que se produce la simulación del documento que induzca a error sobre su autenticidad cuando se crea «ex novo» un documento mercantil, por algo que nunca ha existido; no es que las declaraciones que se contienen falten a la verdad, se trata sencillamente que tales declaraciones jamás se han producido, cuando el documento en su totalidad representa una falacia, constituyendo un soporte falso, no meramente intelectual”*.

En materia de sociedades, el propio Código establece un artículo, el 290, en el que exige la existencia de un perjuicio económico para que exista la falsedad, en concreto habla de la falsedad como aquella conducta idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de sus socios, o a un tercero.

En caso de que se consumase dicho perjuicio económico, las penas se impondrían en su mitad superior. A sensu contrario, no es preciso para que produzca la conducta punible que dicho perjuicio económico llegue de modo efectivo a producirse.

No obstante, en el supuesto planteado, no hay lugar a duda sobre la existencia de este perjuicio puesto que desde que el administrador se asigna la retribución en el acuerdo

---

<sup>43</sup> Relevancia jurídica en el sentido de que afecten a su capacidad de perpetuación, prueba y garantía inherente a todo documento.

social falseado, hasta que dicho engaño se descubre, entenderemos a falta de más datos, que el administrador ha percibido de modo efectivo tal remuneración, menoscabando, por ende, el patrimonio societario.

Para finalizar con este tipo, es preciso recordar el criterio de aplicación de las disposiciones penales, según el cual, la norma especial se aplica de modo preferente sobre la norma general, artículo 8.1 CP<sup>44</sup>.

Si consideramos, que la falsedad en el libro de actas de los socios en el que se recogen los acuerdos adoptados en junta, es reflejo de la situación jurídica o económica de la sociedad, sería de aplicación este delito, cuya pena prevista es la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses<sup>45</sup>.

Es por ello que, siguiendo la opinión de Ismael Moreno Chamarro en su libro, *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los tribunales*, este supuesto de hecho, encajaría mejor en el delito especial de falsedad recogido en el artículo 290 del CP<sup>46</sup>.

Por tanto, según esta interpretación, será de aplicación el tipo del 290 del Código Penal por ser el tipo específico teniendo en cuenta el sujeto activo, el administrador y el objeto material de la falsedad<sup>47</sup>.

En cuanto al hecho en sí de la falsificación de la firma, es necesario señalar, en primer lugar, que en virtud de los artículos 97 y 98 del Reglamento del Registro Mercantil, es obligatorio que el acta de la junta universal tenga la firma de todos los socios.

Evidentemente, en principio este requisito se cumple en el supuesto que se nos plantea, pese a tratarse de firmas manifiestamente falsas, el problema es que al no dotarse de obligatoriedad en la legislación vigente el registro notarial de las Juntas Universales, serán los propios socios quienes deberán demostrar la falsificación.

### 3. ELEMENTOS DEL TIPO:

A este respecto, es importante señalar los requisitos fundamentales para la consumación de la falsedad, a saber: dos requisitos objetivos y un requisito subjetivo.

Por un lado, en su vertiente objetiva, debe existir una mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, y que dicha "*mutatio veritatis*" o alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo.

---

<sup>44</sup> SAP de Asturias de 29 de mayo de 2003.

<sup>45</sup> Dentro de la relación entre el art. 290 y el 392 del CP, es interesante tener en cuenta que el tipo recogido en el art. 290 es un delito semipúblico, que necesita de denuncia y el del 392 del CP no, por lo que si no hubiese denuncia expresa se aplicaría el tipo recogido en el segundo de los preceptos mencionados.

<sup>46</sup> MORENO CHAMARRO, I. *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los tribunales*. (2005). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Aceres (Pág. 38).

<sup>47</sup> Esta misma calificación, fue la apreciada por el TS en STS de 7 de noviembre de 2003. "Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 CP se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado".

En cuanto al requisito subjetivo, la jurisprudencia se ha pronunciado en términos de dolo falsario, como la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad. Estamos ante la presencia de un componente intencional, ya mencionado anteriormente que debe concurrir en el sujeto a la hora de valorar la existencia del tipo.

Estos requisitos han sido expuestos por el Tribunal Supremo en sentencias como la de 29 de abril de 2011, en la que además apunta que *“es preciso también que la "mutatio veritatis", en la que consiste el tipo de falsedad en documento público u oficial altere la esencia, la sustancia, o la autenticidad del documento en sus extremos esenciales como medio de prueba, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico.*

*Y la razón de ello no es otra que, junto a la "mutatio veritatis" objetiva, la conducta típica debe afectar a los bienes o intereses a cuya protección están destinados los distintos tipos penales, esto es, el bien jurídico protegido por estos tipos penales”.*

Deberemos entonces buscar cuál es el bien jurídico protegido en el tipo penal mencionado a la hora de valorar la concurrencia de los requisitos que dicho tipo exige para su aplicación.

Respecto de la *“mutatio veritatis”*, explica la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 24 de noviembre de 2011 que *“la materialización concreta de esa verdad alterada, entendiéndose no obstante que debe rechazarse la imputación cuando la supuesta falsedad no guarda entidad suficiente para perturbar el tráfico jurídico ni idoneidad para alterar la legitimidad y la veracidad del documento, debiendo recaer, por tanto, sobre extremos esenciales, no inocuos o intrascendentes”.*

El bien jurídico protegido por el delito de falsedad documental es la propia autenticidad documental, dice el Tribunal Supremo que *“toda falsedad supone una mutación de la verdad cometida por alguno de los procedimientos previstos en la Ley, máxime cuando tales falsedades tienen relevancia en el tráfico jurídico por tener una trascendencia extramuros al cerrado ámbito en el que se producen”*<sup>48</sup>.

En este caso, el componente intencional es claro, al ser el propio administrador, Don Héctor, quien procede a simular el acta de la Junta en la que se aprueba una retribución a su favor, que en sede concursal reflejará ese efecto *“extramuros”* mencionado por la sentencia.

#### **4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:**

Como ya hemos comentado, el autor del delito sería en este caso Don Héctor, administrador único de la sociedad *“Nitrox S.A.”*.

#### **5. PENA PREVISTA. CONCURSO DE DELITOS:**

La pena prevista en el Código Penal para este delito es la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, sin perjuicio de las circunstancias agravantes o atenuantes que puedan ser de aplicación al presente caso.

No es ocioso mencionar, que existiría también la conducta típica en el reconocimiento contable de la compraventa de la nave constitutiva de un delito de alzamiento de bienes

---

<sup>48</sup> STS de 3 de septiembre de 2014.

que detallaremos a continuación, puesto que en este caso sería clara la calificación como delito específico de falsedad en documento societario al recaer el fraude sobre las cuentas anuales de la entidad. Como ya hemos apreciado, al tratarse en todo caso de documento privado, existirá un concurso real de delitos, al proteger, ambas figuras delictivas, delitos distintos.

## **6. REFORMA DEL CP:**

Con el Código Penal en vigor fruto de la reforma introducida por la Ley orgánica 1/2015 mencionada anteriormente, la calificación del tipo se mantendría tal y como la hemos comentado, toda vez que dicha norma no ha introducido modificación alguna al respecto<sup>49</sup>.

## **II. DEFRAUDACIONES. APROPIACIÓN INDEBIDA:**

En los delitos de defraudación, la modalidad de la acción se centra en el empleo de fraude y del engaño, los principales delitos son la estafa y la apropiación indebida.

### **1. HECHOS RELEVANTES:**

Para la exposición de estos delitos, se considera como hecho relevante principal la simulación de la Junta Universal de fecha 25 de noviembre de 2013, en la que se adopta el acuerdo de retribución a favor del administrador único Don Héctor.

### **2. INTRODUCCIÓN. LA ESTAFA:**

Antes de entrar a valorar el delito de apropiación indebida, haremos una pequeña introducción del delito de defraudación por excelencia, la estafa.

El tipo penal de estafa exige cuatro elementos: engaño, error, acto de disposición y perjuicio patrimonial, según establece el Tribunal Supremo amplia jurisprudencia.

Así, en sentencia de 7 de mayo de 2014 este Tribunal concluyó que, para que se dé la estafa, se exige, ciertamente, que *“exista engaño idóneo para producir error en el sujeto pasivo; disposición patrimonial del sujeto pasivo basada en el error padecido; perjuicio procedente de la disposición patrimonial; y ánimo de lucro”*.

Analizaremos muy brevemente, la posible concurrencia de cada uno de estos requisitos en el supuesto planteado.

El engaño se produce cuando se hace creer a una persona algo que no es verdad, además exige el Tribunal Supremo para la apreciación de este ilícito que el engaño sea suficiente y proporcional a los fines propuestos, debiendo valorarse su idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto.

Respecto del engaño, éste ha de ser bastante *“en el sentido de suficiente y proporcional, debiendo tener la adecuada idoneidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial; debe ser capaz, por sus características*

---

<sup>49</sup> Sí existen modificaciones en la redacción del artículo 392, si bien estas no afectan a la calificación del supuesto de hecho que estamos tratando. Con la reforma, el precepto incluye como reos de un delito de falsedad a quienes sin haber intervenido en la falsificación, traficaren de cualquier modo con un documento de identidad falso.

*objetivas y las circunstancias propias del engaño y las que acompañan la acción en el caso concreto, de inducir a error*<sup>50</sup>.

En el supuesto de hecho planteado, el engaño es claro en cuanto que se produce la falsificación, y en este sentido, el Tribunal Supremo ha entendido que *“la falsedad documental constituye un delito funcional, en cuanto nadie falsifica por que sí, sino para obtener otro fin ilícito”*<sup>51</sup>.

Por tanto, desde este punto de vista, la falsedad documental operaría en este sentido como una suerte de acto previo, como medio para cometer el fin último pretendido, el engaño necesario para llevar a cabo, la estafa<sup>52</sup>.

En este caso, la pretensión de hacer pasar por legítimo un acuerdo fraudulento denota, como ya hemos dicho, la voluntad de engañar, conscientemente y con la intención de obtener un beneficio propio, en este caso de tipo económico.

Al no tratarse de un documento público, la falsedad queda embebida en la estafa, puesto que el perjuicio buscado es el mismo que el perseguido por la estafa<sup>53</sup>.

Concluyendo el tema del engaño, es preciso recordar la que es jurisprudencia más que consolidada en nuestro sistema jurídico, la exigencia de una diligencia mínima a la hora de valorar la concurrencia de la estafa.

Aceptada la existencia del engaño, más discutible se torna el segundo de los requisitos para la concurrencia de la estafa, el error y la disposición patrimonial por el sujeto pasivo.

Y es que, en este caso, pese a que el perjudicado en sí es la propia sociedad, el acto de disposición no lo realiza la propia entidad, sino que, a través de la falsedad, es el propio administrador quien realiza la disposición patrimonial.

Respecto del tercer requisito, el perjuicio económico, en sede concursal deberemos tratar de demostrar el nexo causal a efectos de imputar responsabilidades, pero en cuanto a la consideración penal que estamos tratando, entenderemos como ya se ha dicho, que el administrador efectivamente percibió la remuneración por sí mismo asignada, por lo que si concurriría el perjuicio del patrimonio afectado.

---

<sup>50</sup> STS de 14 de abril de 2010.

<sup>51</sup> STS de 14 de mayo de 2014.

<sup>52</sup> Respecto a la relación entre estos dos tipos, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de marzo de 2015 consideró que *“es indudable que, por su ubicación sistemática, que el bien jurídico que se protege en la estafa es el patrimonio privado ajeno, cuando es atacado por medios insidiosos y fraudulentos (engaño). En la falsedad se castiga a quién de un modo u otro, a quien presenta como real o auténtico, como ajustado a la verdad, algo que carece de tales rasgos. Es hacer pasar por legítimo lo que no es. El bien jurídico protegido es el tráfico jurídico general, en cuanto el documento ha creado en terceros la confianza en la autenticidad del mismo y su eficacia para probar lo que proclama. La falsedad no es otra cosa que un engaño, dirigido a crear error y confusión en terceros. Por ello, desde antiguo, la doctrina científica consideró al documento falsificado, funcionalmente destinado a cometer una estafa (estafas documentales), como identificable con el engaño. El engaño es el propio documento, entendiéndose fundidos ambos conceptos por consunción, ya que la alteración documental no es un ingrediente más del ardid, sino su misma esencia”*.

<sup>53</sup> Así lo apreciaron, entre otras, las sentencias del Supremo de 17 de diciembre de 1998, de 20 de noviembre de 2003 y de 17 de julio de 2008.



Este último inciso, respecto al ánimo de lucro nos vuelve a llevar hacia el componente intencional ya matizado en el sentido de que, es el propio administrador, comitente en principio del tipo penal analizado, el que se va a beneficiar del engaño, un beneficio además económico y directo, por lo que tampoco consideramos exista duda respecto de la existencia de ánimo de lucro.

Según el Tribunal Supremo el ánimo de lucro *“no es otra cosa que la voluntad consciente de realizar el elemento objetivo del tipo, incorporando al propio patrimonio lo recibido por título que obliga su restitución o devolución”*<sup>54</sup>.

No ha lugar, en nuestra opinión a un delito de estafa por incumplirse el segundo y tercero de los requisitos del tipo, al concurrir en una misma persona el sujeto activo del delito y la disposición patrimonial, no habiendo entonces ocasión de error alguno<sup>55</sup>.

### **3. CALIFICACIÓN DEL DELITO. APROPIACIÓN INDEBIDA:**

Entrando ahora en el segundo de los delitos incluidos en las defraudaciones contempladas en el Código Penal, la apropiación indebida, se recoge en el art. 252 en el que se sanciona la conducta de *“los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial”*.

El bien jurídico protegido por el tipo es, al igual que en la estafa, la propiedad y es también un delito de tipo especial, pues sólo puede ser cometido por *“los que hayan recibido la cosa en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”*.

En este caso el delito se consuma con la apropiación, por Don Héctor de la retribución asignada en virtud del acuerdo de la Junta Universal simulada.

### **4. ELEMENTOS DEL TIPO:**

Respecto de los requisitos que deben concurrir en el tipo, la ya antigua y reiteradamente mencionada por la jurisprudencia, sentencia del Supremo de 20 de junio de 1997, consideró que, *“para la existencia de tal infracción se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Una inicial posesión legítima, por el sujeto activo, del dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. b) Que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa. c) Un acto de disposición de la cosa o dinero, de naturaleza dominical, por parte de dicho agente y d) Un elemento subjetivo, denominado ánimo de lucro, que se traduce en la conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia”*.

Creemos que, en este caso, ambos requisitos se ven cumplimentados, pues si bien, por una parte, Don Héctor ostenta la condición de administrador de la sociedad, es el mismo quien realiza el acto de disposición al asignarse una retribución desmesurada, y además se percibe en esta asignación un indudable ánimo de lucro.

Respecto de la convivencia de este tipo con el de falsedad documental expuesto con anterioridad, como apunta la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2014,

---

<sup>54</sup> STS de 4 de junio de 2002.

<sup>55</sup> En este sentido se ha pronunciado el TS en sentencias como la de 21 de julio de 2006 considerando que si *“(…) concurren en la misma persona la conducta defraudatoria y la disposición, el acto de disposición no fue producto de un engaño realizado por tercero, ajeno a las facultades dispositivas. Precisamente, tal circunstancia es la que desplaza esta operación del ámbito de la estafa hacia el ámbito del administración desleal”*.

*"es fundamental determinar, con mayor o menor precisión los bienes jurídicos atacados en los dos bienes en conflicto, al objeto de detectar las coincidencias o solapamiento de unos y otros intereses protegidos por la norma, con miras a impedir la doble consideración de los mismos, como impone el principio «non bis in ídem»".*

Asimismo, en sentencia de 16 de marzo de 2007, el Tribunal Supremo aclaró, para el caso de que la conducta típica fuera reiterada en el tiempo que, *"la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado. En el hecho probado la calificación correcta es la de delito continuado de apropiación indebida del art. 252 y 250.1.6"*.

En este caso, entendemos no ha lugar a la figura de un delito continuado, pues pese a existir un considerable lapso de tiempo desde el día en que tal retribución fue asignada, el día 25 de noviembre del 2013, y el momento en que Doña Mercedes detecta la falsedad en el libro de actas, en diciembre del año siguiente, se trata de una sola infracción que tarda en descubrirse. Es interesante traer a colación la opinión de un sector doctrinal acerca de la posibilidad de entender que existe una suerte de delito de administración desleal en sentido distractivo, que coincidiría entonces con el tipo de apropiación indebida que estamos analizando.

En opinión de Gómez-Jara Díez, en su libro *La administración desleal de los órganos societarios*, *"debido a que el artículo 252 CP contiene entre sus objetos el dinero, y éste se recibe en propiedad en virtud de los títulos que específicamente relata el mencionado precepto, entonces junto al clásico delito de apropiación indebida se contiene en el artículo 252 CP un tipo de administración desleal en lo que a la variante de la distracción de dinero se refiere"*<sup>56</sup>.

A mayor abundamiento, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2007 aclara la convivencia de ambos tipos penales al aclarar que *"la cuestión relativa a la errónea calificación jurídica de los hechos parte de una premisa errónea ya que la infracción penal por la que se condena al acusado no es la de estafa, ámbito en el que habría que incardinar el análisis de la viabilidad de su queja relativa a la incapacidad del engaño para producir en el sujeto pasivo la representación del error, sino por su autoría de un delito de apropiación indebida en su vertiente de administración desleal ya que la acción típica en este caso es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la comunidad titular del patrimonio gestionado"*.

La relación de ambos tipos penales, será estudiada a continuación, al hilo de los delitos societarios.

## **5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:**

Como ya hemos mencionado, se trata de un delito de carácter especial o de propia mano, pues sólo puede ser cometido por un sujeto activo determinado por el propio precepto y que en este caso, sería Don Héctor, el administrador único de Nitrox S.A.

## **6. PENA PREVISTA. CONCURSO DE DELITOS:**

La pena prevista por la comisión de un delito continuado de apropiación indebida del art. 252, en relación con los arts. 250.1. 6º (defraudación de especial gravedad) y 7º

---

<sup>56</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *La administración desleal de los órganos societarios*. (2008). Barcelona: Atelier. (Pág. 171).

(aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional), y 74.2 (en las infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado) todos del C.P., inicialmente y en abstracto se sitúan en la privación de libertad, con una horquilla que discurre desde 1 año hasta 6 años de prisión, y la multa de 6 a 12 meses<sup>57</sup>.

## **7. REFORMA DEL CP:**

Este es quizás, de los preceptos que nos ocupan, el que más se ha visto afectado por la reforma del Código Penal de 2015. En virtud de la misma, se resolvió el problema de aplicación de los delitos de administración desleal y apropiación indebida (conflicto que comentaremos posteriormente). Así, los arts. 252 y 253 tipifican de forma independiente ambas figuras delictivas, anteriormente contempladas, en el art 252 del CP tanto en su modalidad distractiva como de apropiación.

Por otro lado, la conducta de administración desleal, que en la redacción anterior de la norma se contemplaba tanto desde los delitos defraudatorios como en los delitos societarios, sólo se recoge actualmente en los primeros, tras la supresión del art. 295 CP.

## **III. DELITOS SOCIETARIOS:**

Al margen de la falsedad, creemos relevante mencionar la posibilidad de considerar a Don Héctor como culpable de algún delito societario de los recogidos en el Código Penal, pues a nuestro juicio su labor como administrador es como mínimo cuestionable.

Dentro de los delitos societarios, nos estamos refiriendo aquí a la denominada “infidelidad de los órganos societarios” entre la que pueden incluirse tres tipos delictivos, recogidos en los artículos 291, 292 y 293 del CP, que castigan respectivamente la imposición de acuerdos abusivos, el aprovechamiento de los acuerdos lesivos adoptados por mayorías ilegalmente obtenidas y la lesión de los derechos sociales de participación, así como la administración desleal recogida en el 295 del referido cuerpo legal.

El Código Penal regula en su capítulo XIII los delitos societarios, de los cuales, en principio, el delito que mejor encuadra la conducta de Don Héctor, sería el recogido en el artículo 295<sup>58</sup>, el delito de administración desleal.

## **1. HECHOS RELEVANTES:**

En el caso de los delitos societarios y más en concreto del delito de administración desleal, el espectro de hechos relevantes considerados se amplía, al entender que estos tipos delictivos, cuestionan la labor de los administradores en su calidad de representantes de una entidad, por lo que se les exige obren con diligencia, lealtad y fidelidad a la sociedad a la que representan.

En este sentido, consideramos que la actuación del administrador único, Don Héctor, transgrede esos deberes impuestos en abstracto por la LSC, tanto en inicio con la adopción del acuerdo de retribución adoptado en Junta Universal, como en la falsificación de las firmas de los socios en el libro de actas, como en el mantener dicha falsedad oculta en todo momento. Si bien el hecho individualmente considerado es el mismo que en los

---

<sup>57</sup> Apreciación de la sentencia de la AN de 25 de marzo de 2008.

<sup>58</sup> Este artículo ha sido suprimido por la reciente reforma del Código Penal en 2015, pero como ya se ha aclarado, estaremos a lo dispuesto en la versión anterior por ser la vigente en el momento de realización de los hechos.

delitos mencionados de modo precedente, el tipo de administración desleal supone la valoración de la actuación en su conjunto, como en muchas ocasiones ha repetido la jurisprudencia<sup>59</sup>.

## 2. CALIFICACIÓN DEL DELITO. ADMINISTRACIÓN DESLEAL:

El tipo de administración desleal, sanciona a 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, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

En línea de principio podemos detectar no pocas coincidencias respecto del tipo penal recogido en el artículo 252 referido a la apropiación indebida.

La jurisprudencia tardó cierto tiempo en ponerse de acuerdo respecto de la correcta aplicación de ambos tipos penales, optando en este sentido por la teoría de los llamados círculos secantes, en virtud de la cual ambas conductas delictivas no llegaban a superponerse totalmente.

Esta figura es propia de los concursos normativos que se resuelven en función del principio de alternatividad, lo que implica que aquellos supuestos en apariencia subsumibles tanto en el delito de apropiación indebida como en el de administración desleal, deberán castigarse conforme al precepto que prevea la pena más grave, lo cual, a su vez, dependerá de las circunstancias concretas del caso<sup>60</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006 aclara este debate de la forma siguiente; *“desde la entrada en vigor del actual Código Penal, se produjo en la jurisprudencia de esta Sala conflictos interpretativos entre el art. 295 y el 252 C.P. en su modalidad distractiva. Se llegó a la conclusión de que ambos tipos penales no se superponían de forma exacta, provocando un puro concurso de leyes a resolver aplicando la que mayor pena prevé (art. 8-4 C.P.), sino que actuaban como círculos secantes en donde existía una zona común, cuyas conductas deberían ser incardinadas como constitutivas de la infracción más gravemente penada. En esta línea se venía resolviendo la preferencia de la apropiación indebida sobre la administración desleal, aplicando el invocado art. 8-4 C.P., que consagra el principio de alternatividad.”*

Entendemos en este sentido que la apropiación indebida exige la efectiva aprehensión del patrimonio social, mientras que el delito de administración desleal, como continua la sentencia, *“no ha venido a sustituir al delito de apropiación indebida cometido por el administrador de sociedades, sino a complementar las previsiones sancionadoras del art. 252, añadiendo:*

*a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función de administrador.*

---

<sup>59</sup> *“En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad”*, cit. AN de 25 de marzo de 2008.

<sup>60</sup> A diferencia de ello, en los supuestos de especialidad el delito principal y el especial se comportan como círculos concéntricos en el que el menor o especial está comprendido íntegramente en el círculo mayor o tipo general, de manera que todos los elementos integradores del tipo especial cumplen la hipótesis típica del tipo general, es decir se encuentran comprendidos en él, aun cuando concurra además algún elemento típico adicional.

*b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada, mediante abuso de la función de administrador o de la celebración de negocios jurídicos”.*

Es por ello que, el delito de administración desleal, no exige para su consumación de la apropiación o del apoderamiento del patrimonio social, sino que bastaría con que, prevaleciendo de la condición que ostenta en la entidad, actúe en beneficio propio.

Sera entonces de aplicación el delito de apropiación indebida entendiéndose que ha existido, como venimos diciendo, una aprehensión definitiva de la retribución asignada por el administrador Don Héctor.

### **3. ELEMENTOS DEL TIPO:**

Los elementos del tipo de administración desleal, han sido recogidos en la jurisprudencia en sentencias como la del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2008 en la que se detalla que, *“cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.*

*Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada”.*

La conducta típica sancionada podría entonces consistir en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad, o bien en contraer obligaciones a cargo de dicha entidad.

Así se ha expresado la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2009 que transcribimos:

*Si, por el contrario, el administrador o el socio no sólo incumple los deberes de fidelidad, sino que actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal [...]*

Por ello, la clave para aplicar uno u otro tipo penal, es la apropiación definitiva, como recoge la sentencia del Supremo de 29 de diciembre de 2014, *“la doctrina jurisprudencial más reciente señala que las conductas descritas en el art. 295 del CP reflejan actos dispositivo de carácter abusivo de los bienes sociales que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, por lo que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no constituyen actos apropiativos sino simples actos de administración desleal”.*

#### **4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:**

El autor del delito de administración desleal, en caso de que fuera de aplicación, sería Don Héctor, al ser un delito de propia mano, del que sólo puede ser sujeto activo quien ostenta las facultades de administración de una persona física o jurídica.

#### **5. PENA PREVISTA. CONCURSO DE DELITOS:**

La pena prevista en el artículo 295 para el delito de administración desleal, es la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

En materia de concurso de delitos, cuando la conducta sancionada, podría ser subsumida tanto en el tipo del artículo 252 (apropiación indebida) como en el que estamos tratando, el concurso se resolvía a favor del delito de apropiación indebida por ser el más grave, con arreglo al principio de alternatividad del art. 8.4 del CP, (por todas, STS de 13 de julio de 2015).

De otra forma, también se ha acudido para resolver esta problemática a la figura de los círculos concéntricos que anteriormente hemos comentado, para optar, por ser el círculo mayor, por el delito de apropiación indebida, en aplicación del art 8.1 del CP (principio de especialidad).

#### **6. REFORMA DEL CP:**

Nos remitimos a las consideraciones hechas en este sentido en el epígrafe anterior respecto a la apropiación indebida, puesto que las modificaciones sustanciales en la materia, se refieren a la relación entre ambos tipos delictivos.

#### **7. MENCIÓN ART. 292. ACUERDOS LESIVOS:**

Finalmente, cabría apreciar la existencia de un delito societario de aprovechamiento de acuerdos lesivos previsto en el artículo 292 del Código Penal que hace referencia a *“los que impusieren o se aprovecharen 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”*.

El inciso de *“por cualquier otro medio o procedimiento semejante”*, deja abierta la posibilidad de entender la falsedad documental como un medio para el aprovechamiento del acuerdo lesivo.

En caso de entenderse probada la comisión de este delito, estaríamos ante la aplicación de un concurso real con el delito de falsedad en documento mercantil debido al inciso final del artículo *“sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito”*.

No obstante, en nuestro criterio, la entidad del engaño es tal que encaja mejor en el tipo de administración desleal en el marco de los delitos societarios, aunque consideramos que, dada la apropiación definitiva de la retribución, estaríamos ante un delito de apropiación indebida como ya hemos expuesto anteriormente.

#### **IV. ALZAMIENTO DE BIENES:**

##### **1. HECHOS RELEVANTES:**

Dejando ya a un lado las consecuencias penales de la retribución asignada en favor del administrador único, Don Héctor, es preciso traer a colación el acuerdo adoptado en mayo de 2014, de modo unánime por todos los socios de trasladar al patrimonio de la empresa SOLYPLAYA SA, la nave propiedad de su empresa, hecho relevante para la apreciación de este tipo penal.

##### **2. CALIFICACIÓN DEL DELITO:**

El Código Penal, en sus artículos 257 y siguientes, castiga las llamadas insolvencias punibles, caracterizadas por un objetivo común, eludir la responsabilidad frente a una deuda, trasladando bienes del patrimonio del deudor.

De la relación de este delito con el recientemente calificado de apropiación indebida, dice el Supremo que *“ambos atacan el patrimonio del sujeto pasivo y mediante un modo comisivo, no exactamente igual. Podríamos pensar que, en la apropiación, no se entrega algo que se debe al sujeto pasivo, y que, en el alzamiento, tampoco se entrega, evitándolo mediante maniobras evasivas que se actúan sobre el patrimonio del sujeto activo del delito, evitando su responsabilidad frente a sus acreedores”*<sup>61</sup>.

##### **3. ELEMENTOS DEL TIPO:**

Para que haya lugar al delito de alzamiento de bienes en relación a la posterior declaración de concurso, se exige, siguiendo jurisprudencia consolidada en la materia, de los siguientes requisitos, señalados en el libro de Antonio Moya Jiménez, *La responsabilidad de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*<sup>62</sup>:

- Existencia de una defraudación que afecte a terceros.
- Una relación de causalidad entre la insolvencia y la defraudación.
- La intención de posicionarse en una situación de insolvencia para no hacer frente al pago a los acreedores.

En el supuesto de hecho planteado es incontestable la concurrencia de tal vocación de alzamiento de los bienes, al aclarársenos, en defecto de mayor presunción, que *“La intención de los socios es reconocer la compraventa de la nave por su precio de mercado e integrarla en el patrimonio de SOLYPLAYA SA sin que en realidad se produzca ningún cambio pues seguirán trabajando allí”*, por lo que no habría duda en nuestra opinión de cual habría de ser la calificación del concurso.

##### **4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:**

No estaríamos en este caso ante un delito de tipo especial, pues las consideraciones son hechas en genérico, sin existir especial mención a un sujeto activo previamente determinado<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> STS de 5 de octubre de 2006.

<sup>62</sup> MOYA JIMÉNEZ, A. *La responsabilidad de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas* (2010). Barcelona: Bosch.

<sup>63</sup> Si interesa mencionar, respecto al sujeto activo del delito, que, tal y como establece el Código Penal en su artículo 31, *“el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en*

Misma previsión encontramos en el Capítulo V del LSC que regula el régimen de responsabilidad de los administradores. Y es que, siguiendo nuevamente la opinión de Menéndez y Rojo, “*se evita así que los administradores puedan intentar descargar su responsabilidad a través de un acuerdo expreso o tácito de exoneración por parte de la Junta [...], a la vez que se refuerza la independencia y autonomía con que aquéllos han de ejercitar las competencias que legalmente les corresponden*”<sup>64</sup>.

Es decir que, aunque exista acuerdo de la Junta de accionistas, para traspasar la nave al patrimonio de la empresa como es el caso, el administrador es penalmente responsable.

En este caso, se nos dice además en el supuesto de hecho que dicha nave es la única propiedad, y el elemento más valioso del patrimonio de Nitrox, S.A, por lo que es altamente probable que la sociedad, tras simular la transacción, incurra en una de las causas de disolución de la sociedad. No obstante lo cual, las personas afectadas por dicha conducta delictiva no se agotan en la figura del administrador, sino que todos los socios deben ser considerados culpables de un delito de alzamiento de bienes, Don Héctor, en calidad de autor, como ya se ha dicho, por aplicación del artículo 31 del Código Penal<sup>65</sup> derivado de un presupuesto de complicidad en el caso de los tres socios recogido en el artículo 29, de la misma codificación.

Nos dice el supuesto que “*Héctor, Mercedes y Sonia aceptan la propuesta de Ana y quince días después cubren todos los papeles oficiales y recogen en la contabilidad el traspaso de la nave*”, de ello se desprende no sólo el conocimiento, sino también la voluntad de adherirse a la comisión de tal ilícito. Por lo tanto, si bien es más difícil encuadrar esta vaga descripción de su conducta como una cooperación necesaria, es indiscutible su encaje en la figura del cómplice de un delito.

Es por ello que todos los demás socios, deben ser considerados como mínimo de cómplices, si bien es discutible la figura de Ana como inductora al ser quien ofrece el acuerdo.

## **5. PENA PREVISTA. CONCURSO DE DELITOS:**

Respecto a la pena prevista para esta figura delictiva, el Código estipula la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

## **6. REFORMA DEL CP:**

Con la reforma del Código Penal del pasado año, los delitos de alzamiento de bienes cambian de denominación, apareciendo ahora recogidos bajo la rúbrica de delitos de “frustración en la ejecución”, separando el legislador en la nueva redacción de la norma,

---

*nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.*

<sup>64</sup> MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I.* (2012) Pamplona: Thomson Reuters. (Pág. 480).

<sup>65</sup> Aclara *Economist & Jurist* en su artículo “La Responsabilidad Penal de los miembros de los órganos de administración de la empresa: prevención y defensa” “*Para poder imputar a un cargo social la responsabilidad penal derivada del art. 31 CP es necesario que concurran dos circunstancias: que haya realizado personalmente la conducta típica u omitido la conducta debida en la situación típica, y que asuma efectivamente la gestión de la empresa*” en *Economist & Jurist* nº184, (octubre 2014), (pág.68).



los delitos de alzamiento de bienes de los delitos de concurso punible, que anteriormente eran agrupados como subgrupos dentro de las defraudaciones.

Es así que, como señala Uría y Menéndez en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 41-2015 / 120-126*, “(...) Las semejanzas y puntos en común entre ambos delitos, cuyo nexo común es la insolvencia del deudor, son superiores a sus diferencias, por lo que su separación artificial podría llegar a generar problemas de interpretación teleológica, ya que ambos delitos comparten el mismo bien jurídico protegido: la satisfacción del derecho de crédito por parte de los acreedores (...)”<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> *Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 41-2015 / 120-126* Pág. 122.

## 5. CONSIDERACIONES CONCURSALES.

### I. HECHOS RELEVANTES:

Como anteriormente dispusimos, las consideraciones concursales partirán del alzamiento de bienes mencionado en el apartado anterior, al entender que los hechos relevantes, se remontan a un momento anterior a la solicitud de la declaración de concurso de acreedores.

Más concretamente, nos situamos en el mes de mayo de 2014, cuando se nos dice expresamente “*los cuatro socios comienzan a preocuparse por la situación de la empresa*”, es entonces cuando acuerdan el traspaso de la nave, activo principal de la sociedad<sup>67</sup>, al patrimonio de la empresa SOLYPLAYA, S.A, de la que es propietaria única una de las socias, Ana.

Como se ha apreciado con anterioridad, estaríamos ante un delito de alzamiento de bienes, punto de partida para el desarrollo venidero de las cuestiones concursales. Habida cuenta de la concurrencia de este delito, haremos entonces referencia a la consumación del mismo.

Y es que, tal y como bien consideran Ángel Rojo y Emilio Beltrán en su libro “*La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*”, “*el delito se consuma con la actuación de extracción de los bienes del patrimonio, pero siempre que con ello se produzca la situación de insolvencia: la imposibilidad de que los acreedores cobren con los bienes existentes*”<sup>68</sup>.

Por ende, existirán consecuencias de tal acuerdo en materia concursal, algunas de las cuales aparecen previstas en la propia norma, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

### II. ORDEN DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS:

Cuando una empresa es declarada en concurso, todos sus acreedores (proveedores, bancos, trabajadores, etc.) deben someterse a un orden de prelación, recogido actualmente en la legislación concursal, para solicitar, el reconocimiento de sus créditos.

En materia de ordenación de estos créditos, al margen de los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, mencionados en la exposición de motivos de la propia norma, la doctrina menciona al menos tres más, un principio de universalidad, referido a que todo el patrimonio del concursado queda afecto a la satisfacción de estos créditos; el principio de colectividad, en el sentido de que todos los acreedores queden sometidos a un único procedimiento y finalmente, por el principio de igualdad a tenor del cual, todos los

---

<sup>67</sup> Es interesante mencionar que, con la reforma de la LSC introducida con la Ley 31/2014, se “*introduce un nuevo apartado f) en el artículo 160 de la LSC que reserva a la Junta General los acuerdos relativos a la adquisición, la enajenación o la a portación a otra sociedad de activos esenciales*” presumiéndose el carácter esencial cuando el importe de la operación supere el 25% del valor de los activos del último balance aprobado” en *Economist & Jurist*, nº 190 (mayo de 2015). “Régimen Jurídico de los administradores” (pág. 78).

<sup>68</sup> ROJO, A. BELTRÁN, E. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. (2013). Valencia: Tirant lo Blanch. (Pág. 384).

acreedores, independientemente de su calidad, deben recibir dentro del procedimiento concursal un trato igual, en atención a las exigencias legales<sup>69</sup>.

En éste sentido, BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, apuntan que este principio “*ha de relativizarse, ya que es aplicable sólo a algunos acreedores, y por ello ha de aceptarse con reservas*”<sup>70</sup>.

Y es que, en muchos casos, este principio de igualdad de trato es confundido en relación a la producción de un perjuicio patrimonial derivado del cobro preferente de determinados acreedores.

Es así que la Audiencia Provincial de Murcia en sentencia de 10 de julio de 2014, puntualizó que “*aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par conditio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles*”.

Antes de ahondar en la referencia habida en la resolución judicial citada acerca de las disposiciones patrimoniales previas al concurso, debemos entender que, dada la existencia de un orden legal de prelación de créditos, la igualdad de trato impone la necesidad de dar un idéntico tratamiento a los distintos acreedores concurrentes en un mismo procedimiento concursal.

Es por ello, que debemos estar a la clasificación hecha en la Ley Concursal, que establece en su artículo 84, la primera gran distinción, los créditos contra la masa y los créditos concursales. Como bien sintetiza la sentencia de 5 de abril de 2011 del Tribunal Supremo, “*la LCon diferencia entre créditos contra la masa y concursales. Los concursales constituyen la masa pasiva y pueden ser créditos privilegiados, ordinarios y subordinados. Los segundos son todos los que no integran la masa pasiva, siendo dos los requisitos que deben reunir: un requisito teleológico y otro temporal, pues se trata de créditos que surgen para hacer posible el procedimiento concursal o como consecuencia del mantenimiento de la actividad empresarial, que nacen con posterioridad al concurso, lo que justifica su especial régimen jurídico consistente en su prededucibilidad y pago a su vencimiento*”.

Son créditos contra la masa, los sueldos y salarios de los trabajadores de los 30 días previos a la declaración de concurso, los gastos judiciales y costas y en general los enunciados en el artículo 84.2 de la Ley Concursal.

---

<sup>69</sup> Es el llamado “par conditio creditorum”, en base al cual todos los acreedores se encuentran a un mismo nivel a la hora de establecer un orden de prelación en sus respectivos derechos de crédito, sobre esto nos recuerda GARCÍA ESCOBAR que “*no es en absoluto extraño dudar sobre la veracidad de lo expuesto, o sobre la congruencia de la Ley, que consagra un tipo de créditos (contra la masa) como extraconcursoales y con una prioridad absoluta, cuando en realidad éstos deben respetar la satisfacción de ciertos créditos concursales: los que tienen privilegio especial*” en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. GARCÍA ESCOBAR. El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum. Universidad de Granada. (Pág. 22).

<sup>70</sup> BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil, Volumen II* (2012). Madrid: Tecnos (pág. 594).

Los créditos contra la masa tienen por “*finalidad anticipar al máximo el momento del pago, como medio para otorgar a sus titulares una tutela preferente*” como apunta Sánchez Ruiz en *La masa activa y la masa pasiva del concurso*<sup>71</sup>.

Por oposición, los créditos concursales son los no incluidos dentro de éste precepto como créditos contra la masa estableciéndose, a lo largo del articulado de la ley una clasificación, detallada en el artículo 89 de la misma en virtud del cual los créditos concursales se clasifican en: créditos privilegiados, ordinarios y subordinados<sup>72</sup>.

Dado el alcance de nuestro estudio, no entraremos en una pormenorización de las partidas integrantes de los mismos. De este modo y tratando de delimitar la cuestión planteada en el supuesto de hecho, entenderemos que el crédito en favor de los trabajadores mencionado en el supuesto de hecho, se trata, en virtud del artículo 91.1º, de un crédito garantizado con privilegio general<sup>73</sup>.

Los créditos garantizados con privilegio general, se sitúan en el orden de prelación de créditos, por detrás de los créditos garantizados con privilegio especial, una vez satisfechos los créditos contra la masa, como anteriormente hemos comentado.

La citada presunción, se justifica dada la contraposición que la propia pregunta realiza sobre los créditos contra la masa, lo que nos da una idea de que estamos ante un crédito de naturaleza concursal; y de otro el hecho incontestable de que la situación de insolvencia proviene de un momento anterior al propio concurso, nos da a entender que estas deudas salariales alcanzarían un período de tiempo mayor al mes anterior a la declaración del mismo.

Partiendo entonces de que estamos ante un crédito de ésta naturaleza, la actuación de la administración concursal habría sido la correcta, puesto que en virtud del artículo 156.1, éstos deben abonarse una vez “*deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos*”.

### III. REINTEGRACIÓN DE LA MASA:

Con carácter previo a la apertura, creemos conveniente se inste una acción de reintegración para reponer la nave de Nitrox S.A. al patrimonio de la misma empresa, pues al ser éste el principal activo (según nos indica el propio supuesto de hecho objeto de estudio), entendemos será la única forma de poder satisfacer los créditos de los acreedores. La acción de reintegración se postula como medio óptimo para restablecer los

---

<sup>71</sup> SÁNCHEZ RUÍZ, M., *La masa activa y la masa pasiva del concurso* en *Derecho Mercantil de contratos. Derecho concursal*, ALONSO ESPINOSA, F-J., SÁNCHEZ RUÍZ, M., y VERDÚ CAÑETE, M-J. (Directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 (p. 262).

<sup>72</sup> Sobre esto, nos recuerda BLASCO GASCÓ que “*entre el privilegio especial y el privilegio general, no hay una relación de subordinación o de jerarquía o de preferencia en el cobro, sino de objeto sobre el que recaer: el especial, sobre uno o varios bienes determinados; el general, sobre el conjunto del patrimonio del deudor*” en BLASCO GASCÓ F. de P. *El pago de los acreedores concursales*. (2010). Navarra: Aranzadi. (Pág. 294).

<sup>73</sup> “*Sucedee así que, en algunos casos, los créditos salariales de los trabajadores pueden gozar simultáneamente del privilegio general y del privilegio especial refraccionario*” tal y como nos recuerdan ROJO, A., BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*. (2004). Pamplona: Thomson Civitas. (pág. 1641).

daños producidos sobre la masa activa del concursado a través del incidente concursal (art. 84.4 LSC).

En el Capítulo IV del Título III de la Ley Concursal se regulan los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. En el artículo 71 de la mencionada Ley se señala que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, aunque no hubiese existido intención fraudulenta y siempre que hubiesen sido realizados en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

En relación a qué actos deben considerarse perjudiciales para la masa activa es numerosa la jurisprudencia que trata de delimitarlos. En este sentido puede señalarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 13 de diciembre de 2013, que apunta que *“habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar, la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general”*.

Al producirse el delito de alzamiento sobre el activo principal, entendemos esta demostración prácticamente innecesaria, por lo que debería proceder, como ya hemos dicho, la acción de reintegración.

En concreto el apartado primero del 71.3 de la LC establece que se presume perjuicio patrimonial en *“los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado”*.

Son personas especialmente relacionadas con el concursado, entre otros, en virtud del artículo 93 de la Ley Concursal, los socios de Nitrox S.A. al otorgar este precepto tal calificación a los socios que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, tuvieran un porcentaje de participación superior al 10%<sup>74</sup>.

Por una parte, la STS dictada el 25 de octubre del 2002, *“cuando el concurso se debe a alzamiento de bienes la primera opción debería ser la reintegración de los bienes a la masa de la quiebra, si, siendo posible la declaración de nulidad de los negocios fraudulentos correspondientes, la recuperación y venta de dichos bienes constituye la única forma de integrar su importe en dicha masa”*<sup>75</sup>.

La legitimación para solicitar la acción de reintegración corresponde a la administración concursal, o en su defecto a los acreedores para el caso de que la primera no lo hiciera dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.

#### **IV. CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES:**

La pieza angular sobre la que pivotan el resto de las consideraciones, es la calificación del concurso de acreedores, regulada en el artículo 163 y siguientes de la LC, siendo los motivos principales para la calificación del concurso los siguientes:

##### **1. ALZAMIENTO DE BIENES:**

Y es así que, la consecuencia directa de un delito de alzamiento de bienes en caso de un concurso posterior, es la calificación de dicho concurso como culpable según la previsión habida en el artículo 164.2. 4º de la LC, el cual establece que así se hará *“cuando el deudor*

---

<sup>74</sup> El 10%, al presumir, a falta de mayores datos, que la sociedad concursada no tiene valores admitidos a negociación en ningún mercado secundario oficial.

<sup>75</sup> STS de 25 de octubre de 2002.

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

Existe por tanto, una presunción iuris et de iure de calificar el concurso como culpable cuando se produce la inobservancia del deber de disolución de la sociedad por pérdidas y la solicitud de la declaración de concurso<sup>76</sup>.

Es procedente mencionar dicha presunción dada la línea argumental que se seguirá a continuación respecto del origen de tal calificación.

## **2. INCUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN DE DISOLVER SOCIEDAD O SOLICITAR CONCURSO DE ACREEDORES:**

Como de la literalidad del supuesto de hecho se extrae, la nave es el activo principal de Nitrox, S.A., lo cual como ya hemos dicho da lugar a suponer que, como indirectamente el propio supuesto indica, la situación de insolvencia proviene de antiguo.

La Ley Concursal establece, al comienzo de su articulado, el plazo en que se debe proceder a solicitar la declaración de concurso de acreedores, concretamente en su quinto precepto, donde fija en dos meses desde que se hubiere conocido o debido conocer la situación de insolvencia, el plazo para dicha solicitud.

También contempla la norma, la posibilidad de que los acreedores sociales, como Aventa S.L. en el caso que nos ocupa, procedan a solicitar el concurso de acreedores<sup>77</sup>.

Y ello a salvo de que se hayan iniciado las negociaciones para obtener alguna de las figuras concursales previstas en nuestro ordenamiento como el acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Consideraremos no ha lugar a ninguna de estas previsiones a falta de más datos al respecto.

Sobre el estado de insolvencia, el artículo 2 aclara que *“se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”*, como uno de los presupuestos objetivos de la declaración del concurso.

Es interesante la reflexión hecha por el abogado Carlos Romero Sanz de Madrid en su libro *La calificación en el concurso de acreedores*, *“se presume iuris tantum que ha conocido su estado de insolvencia cuando ha acaecido alguno de los hechos que fundamentan la declaración del concurso necesario según el art. 2.4 LC”*<sup>78</sup>.

Y precisamente entre esos supuestos está *“el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor”*, ésta es a nuestro juicio la clave, para contrastar, tanto la evidente intención, en este caso de todos los socios, de extraer el activo fundamental del patrimonio social para que no responda de las obligaciones sociales,

---

<sup>76</sup> Art. 165 LC.

<sup>77</sup> Sobre esta posibilidad, aclara ROJO, E que *“se exige tan sólo un documento del que aparentemente resulte una deuda a cargo de la persona que, por razón de insolvencia, se pretende sea declarada en concurso de acreedores”* en ROJO, A., BELTRÁN, E. Comentario de la Ley Concursal (2004). Pamplona: Thomson Civitas (Pág. 281).

<sup>78</sup> ROMERO SANZ DE MADRID, C. *La calificación en el concurso de acreedores*. (2014). Barcelona: Bosch. (Pág.181).

como la relación de causalidad con el posterior concurso, que a nuestro juicio tiene unas raíces previas.

El Tribunal Supremo en innumerables sentencias ha emitido, ante supuestos muy similares al que hoy nos ocupa, idéntica valoración, acerca de la consideración de culposo el concurso de acreedores precedido de la concurrencia de este delito.

Entre otras, la STS de 27 de marzo de 2014, nos recuerda, en relación a este último requisito de intencionalidad que *“exige una conducta especialmente activa y dolosa en la desaparición de los bienes y con el término "fraudulento" se quiere indicar una especial disposición de ánimo de aquel que hace desaparecer los bienes, sin que sea suficiente la simple constatación del perjuicio causado a los acreedores por la salida de bienes del patrimonio del deudor”*.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de junio de 2013 consideró como criterio básico para la calificación del concurso como culpable la omisión del deber de solicitud de declaración de concurso, que ha quedado a nuestro juicio, contrastada.

No podemos obviar la remuneración desproporcionada asignada en acuerdo fraudulento a Don Héctor, ni el incumplimiento del derecho de información de los socios propiciado por éste mismo sujeto para evitar la difusión de información contable, bancaria y fiscal.

Nuestra tesis básica es que el administrador conocía de largo la situación de insolvencia, por lo que tiene una importante responsabilidad en la calificación del mismo, como posteriormente analizaremos.

Por ello, la persona afectada por la calificación, será el administrador, mientras el resto de socios serán cómplices, pues conocían perfectamente la situación de insolvencia, y permitieron la consumación del delito de alzamiento de bienes, si bien, el autor sería el administrador único, como hemos comentado en las consideraciones penales.

Las consecuencias (art 172.2.3º LSC) serán, las sanciones civiles clásicas impuestas a los cómplices en el concurso: a) la pérdida de cualquier derecho que los cómplices tuvieran, como acreedores concursales o de la masa, b) la condena a devolverlos bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa y c) la indemnización de daños y perjuicios causados, que habrán de probarse y cuantificarse en la demanda<sup>79</sup>.

## V. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR:

Es preciso proceder, antes de finalizar nuestro trabajo, el supuesto más que probable de que el administrador de la sociedad, Don Héctor incurra en la llamada responsabilidad concursal<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Tal y como recoge MACHADO PLAZAS, *“en realidad es comprensible, dado el interés público del concurso, que los terceros que han cooperado con el deudor en la realización de la conducta o acto, con dolo o culpa grave, sean sancionados, en sede de calificación concursal, con determinadas sanciones civiles”*, en MACHADO PLAZAS, J. *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal* (2006). Navarra: Aranzadi. (Pág. 173).

<sup>80</sup> TORRUBIA CHALMETA, B. (2013) en La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias en *Revista de derecho mercantil*, Aranzadi (nº 287) en su apartado de praxis recoge que *“la Ley trata de “armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación”*(pág.215).

A este respecto, María José Verdú Cañete, en su libro *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, realiza una intuitiva clasificación de los presupuestos tanto objetivos como subjetivos para su concurrencia.

En este sentido, concreta que “según el tenor literal del art. 172.3 LC, los presupuestos de aplicación de la responsabilidad concursal son: a) calificación culpable del concurso, b) apertura de la fase de liquidación, c) existencia de créditos insatisfechos tras la liquidación de la masa activa, d) condición subjetiva de administrador, de hecho, o de derecho, al tiempo de la declaración de concurso, o en los dos años anteriores”<sup>81</sup>.

En el supuesto de hecho planteado, los dos primeros requisitos han de cumplirse y en relación con la responsabilidad del administrador en sede concursal, habrá de demostrarse un nexo de causalidad suficiente, en este caso, el vaciamiento patrimonial<sup>82</sup>.

Pero es que, además, “Los administradores responderán por tanto frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo”<sup>83</sup>.

Sobre la responsabilidad concursal dice el Supremo en sentencia de 12 de enero de 2014, que “La norma del art. 172.3 (posteriormente, 172 bis) de la Ley Concursal no sería estrictamente resarcitoria, sino de distribución o atribución del riesgo de insolvencia, que dejaría de pesar sobre los acreedores para recaer sobre el administrador social cuando incurre en las conductas que permiten considerar el concurso como culpable”.

Y en este sentido, procedería entender ha lugar a la responsabilidad concursal de Don Héctor en el caso de que existieran créditos insatisfechos tras la fase de liquidación, hecho que consideramos igualmente probable pues dudamos del carácter inocuo de la retribución asignada respecto de la masa activa de la sociedad concursada.

La sentencia del Supremo de 24 de noviembre de 2005, declaró que “la rendición de cuentas y gestión administradora se integra en el área competencial propia de los administradores sociales válidamente nombrados, tratándose de funciones de las que son exclusivos depositarios e inherentes al cargo, siendo actividad de su propia iniciativa por acatamiento de lo dispuesto en la Ley, de la que no les exonera y menos puede justificar el que la sociedad no hubiera exigido la referida rendición, como bien pudo hacerlo, como tampoco el hecho posterior de entrar en liquidación”.

Así las cosas, entendemos no hay obstáculo alguno para exigir responsabilidad al administrador único, pues su actuación, a lo largo de todo el supuesto de hecho, dista mucho de ser la de un ordinario empresario, como las exigencias legales le requieren.

---

<sup>81</sup> VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. (2008). Madrid: La Ley. (Pág. 172).

<sup>82</sup> En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia, entre otras, STS de 5 de febrero de 2015 “(...)se ha considerado la responsabilidad concursal de los administradores sociales por déficit como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria, que debe graduarse según la mayor o menor incidencia de la conducta en la generación o agravación de la insolvencia, debiéndose también identificar de entre las posibles personas afectadas por la calificación, quiénes son responsables, en atención a su participación en la conducta que ha merecido la calificación de culpable y la generación o agravación de la insolvencia. Por tanto, añade el recurrente, se exige una relación de causalidad entre la conducta de los administradores a quienes se quiere hacer responsables de la cobertura del déficit y la insuficiencia del activo.

<sup>83</sup> SAP de Valencia de 18 de febrero del 2000.



## 6. CONCLUSIONES.

Para terminar, procedemos a detallar nuestras conclusiones en atención a las cuestiones que el caso nos plantea.

PRIMERA.- A la pregunta sobre quién debe responder al pago del montante establecido en la letra librada por Aventa S.L., concluimos que la obligada es la sociedad Nitrox S.A. ya que el administrador Don Héctor, está facultado para obligar a la sociedad, pese a que ésta aun no haya sido inscrita, en el marco de su objeto social, y desde la fecha de comienzo de operaciones la cual, a falta de mayor información, coincide con la fecha de otorgamiento de la escritura.

SEGUNDA.- Respecto a las personas físicas o jurídicas contra las que el tenedor de la letra, cheque o pagaré tiene acción directa y acciones de regreso, Aventa S.L. tendrá acción directa contra Nitrox S.A., pero no de regreso, al no haberse levantado protesto ni declaración equivalente.

TERCERA.- En cuanto a la validez de la firma de la aceptación de la letra de cambio por parte de Héctor, entendemos sí sería válida, siguiendo a un sector de la doctrina que considera que, obrando el librado en representación de tercero, no es necesario estampe en la letra las siglas p.p. o p.o. que indican tal condición, sino que basta con que esté en posesión de poder bastante que respalde su actuación.

CUARTA.- A la pregunta sobre si la Junta General Ordinaria del 5 de febrero de 2014 está convocada en tiempo y forma y sobre el hecho de si se respetó debidamente el derecho de información de Doña Sonia, concluimos que no estaría válidamente convocada por motivos tanto de plazo como de la publicidad requerida por la norma. Asimismo, la inobservancia del derecho de información de Doña Sonia, supondrá la posibilidad de impugnación del acuerdo al que tal solicitud de información afecte, mientras que los vicios en la convocatoria de la Junta, son óbice para la consideración como nulos de todos los acuerdos en ella adoptados.

QUINTA.- Por lo que respecta a la Junta Universal celebrada el día 25 de noviembre del 2013, sin la presencia de todo el capital social, entendemos estamos ante una Junta simulada, en la que se constata un delito de falsedad en documento mercantil del art. 290 del CP, lo que supone los acuerdos adoptados en la misma, sean considerados como nulos por ser contrarios al orden público.

SEXTA.- En cuanto a la legalidad de la compraventa de la nave y las eventuales responsabilidades penales de los socios, todos son penalmente responsables de un delito de alzamiento de bienes recogido en el artículo 257 del CP, Don Héctor como autor, Doña Ana como inductora y Doña Sonia y Doña Mercedes como cómplices.

SÉPTIMA.- La calificación del concurso ha de ser eminentemente culpable, tanto por la consumación del delito de alzamiento de bienes, como por la presunción habita en la Ley Concursal sobre el incumplimiento del deber de solicitud del concurso. La persona afectada por la calificación será el administrador único, si bien los cuatro socios de NITROX S.A, tendrán la consideración de cómplices.

OCTAVA.- En cuanto al orden de prelación de créditos en sede concursal, la Administración Concursal habría actuado correctamente, al estar en el supuesto planteado ante un crédito por sueldos y salarios de los trabajadores, garantizado con privilegio general, y dada la previa deducibilidad de los créditos contra la masa respecto a los créditos concursales.

## 7. BIBLIOGRAFÍA.

### MONOGRAFÍAS:

- BELTRÁN, E., SENÉS, C. *Derecho Cambiario*. (2013). Valencia: Tirant lo Blanch.
- BLASCO GASCÓ F. de P. *El pago de los acreedores concursales*. (2010). Navarra: Aranzadi.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil, Volumen II* (2012). Madrid: Tecnos.
- Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013* elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. Disponible en [http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc\\_estmodif\\_20131014.pdf](http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf) (última consulta: noviembre de 2015).
- GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L. *La aceptación de la letra de cambio*, (1992). Madrid: La Ley.
- GIMENO- BAYÓN COBOS, R. Y GARRIDO ESPA L. (Dir.). *Órganos de la sociedad de capital*. (2008). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *La administración desleal de los órganos societarios*. (2008). Barcelona: Atelier. (Pág. 171).
- MACHADO PLAZAS, J. *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal* (2006). Navarra: Aranzadi.
- MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*. (2011) Pamplona: Thomson Reuters.
- MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen II*. (2014) Pamplona: Thomson Reuters.
- MORENO CHAMARRO, I. *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los tribunales*. (2005). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Aceres.
- MOYA JIMÉNEZ, A. *La responsabilidad de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas* (2010). Barcelona: Bosch.
- PRESENCIA CRESPO, F. *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro*. CGPJ. Escuela Judicial. (2007). Madrid: Lerko Print.
- ROJO, A., BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*. (2004). Pamplona: Thomson Civitas.
- ROJO, A., BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. (2011). Madrid: Thomson Reuters.
- ROJO, A. BELTRÁN, E. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. (2013). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROMERO SANZ DE MADRID, C. *La calificación en el concurso de acreedores*. (2014). Barcelona: Bosch.

- SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital*. (2007). Navarra: Aranzadi.
- SÁNCHEZ CALERO, F. *Principios de Derecho Mercantil. Tomo I*. (2014) Pamplona: Aranzadi.
- SÁNCHEZ RUÍZ, M., *La masa activa y la masa pasiva del concurso en Derecho Mercantil de contratos. Derecho concursal*, ALONSO ESPINOSA, F-J., SÁNCHEZ RUÍZ, M., y VERDÚ CAÑETE, M-J. (Directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 (p. 262).
- SANJUÁN Y MUÑOZ E. *Orden público e impugnación de acuerdos sociales*. Disponible en: <http://www.rexurga.es/pdf/COL242.pdf> (última consulta: noviembre de 2015).
- VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. (2008). Madrid: La Ley.

#### **ARTÍCULOS DE PUBLICACIONES PERIÓDICAS:**

- BOLDÓ RODA, C. Y MARTÍ MOYA, V (2013) El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisitado a la luz de la reciente jurisprudencia publicado en *Revista de derecho de sociedades*, Aranzadi nº41
- Economist & Jurist*, nº 178 (marzo de 2014). “Límites al derecho de información del accionista”.
- Economist & Jurist*, nº 183, (septiembre 2014). “La difusa frontera entre el ilícito mercantil y el ilícito penal en los delitos societarios”.
- Economist & Jurist*, nº184, (octubre 2014), “La Responsabilidad Penal de los miembros de los órganos de administración de la empresa: prevención y defensa”.
- Economist & Jurist*, nº 190 (mayo de 2015). “Régimen Jurídico de los administradores”.
- LOPEZ FERRER, P. (2015) La reforma de los delitos de alzamiento de bienes, en los nuevos delitos de frustración de la ejecución *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4803/documento/foro09.pdf?id=5997> (última consulta: noviembre de 2015).
- Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. GARCÍA ESCOBAR. El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum. Universidad de Granada. ISSN 2255-1824.
- SÁNCHEZ GIMENO, S. (2006) La retribución de los administradores de sociedades de capital y las relaciones de prestación de servicios distintos al desempeño del cargo en caso de concurso de acreedores en *Anuario de derecho concursal, Aranzadi* (nº8).
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2013) La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias en *Revista de derecho mercantil, Aranzadi* (nº 287)

## **8. APÉNDICE NORMATIVO.**

### **Ley Orgánica:**

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

### **Ley:**

- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno corporativo.

### **Real Decreto Legislativo:**

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

### **Real Decreto:**

- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

## 9. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

### **Sentencias del Tribunal Supremo:**

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1996.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1997.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1998.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2002.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2003.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2003.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2004.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2004.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2006.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2006.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2007.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2007.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2008.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2009.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2010.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2010.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2010.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2011.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2011.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2011.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2014.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2014.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2014.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2014.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2014.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2014.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2005.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015.  
Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2015.

**Sentencias de Audiencias Provinciales:**

SAP de Islas Baleares de 10 de octubre de 1996.  
SAP de Madrid de 4 de junio de 1999.  
SAP de Valencia de 18 de febrero del 2000.  
SAP de Almería de 19 de febrero de 2003.  
SAP de Asturias de 29 de mayo de 2003  
SAP de Córdoba de 2 de octubre de 2003.  
SAP de Madrid de 23 de abril de 2010.  
SAP de Murcia de 7 de mayo de 2010.  
SAP de Jaén de 24 de noviembre de 2011.  
SAP de Alicante de 14 de junio de 2013.  
SAP de Islas Baleares de 13 de diciembre de 2013.  
SAP de Castellón de 31 de marzo de 2014.  
SAP de Murcia de 10 de julio de 2014.

**Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:**

Resolución de la DGRN de 18 de septiembre de 1999.  
Resolución de la DGRN de 12 de noviembre de 2002.  
Resolución de la DGRN de 28 de julio de 2014.

**Sentencias de la Audiencia Nacional:**

Sentencia de la AN de 25 de marzo de 2008.