



Trabajo de Fin de Grado

**ASPECTOS CONCURSALES DE UNA
EMPRESA DEDICADA A COMPONENTES
ELECTRÓNICOS**

Autora: Laura Mezquíriz Miguel

Tutor: José Ramón Ruiz García

Grado en Derecho

Curso académico 2015/2016

Índice

Abreviaturas.....3

Supuesto de hecho.....4

Cuestión primera.....5

 1. Introducción.....5

 2. Sociedad en formación. Conclusiones.5

Cuestión segunda.....8

 1. Introducción.....8

 2. Responsabilidad de la persona jurídica “Nitrox S.A”8

 3. Acciones cambiarias.....9

Cuestión tercera.....11

 1. Introducción.....11

 2. Consideraciones de capacidad y formales. Conclusiones.....11

Cuestión cuarta.....13

 1. Introducción.....13

 2. Convocatoria de la Junta General Ordinaria.....13

 3. Derecho de información.....14

Cuestión quinta.....17

 1. Introducción.....17

 2. Anulación del acuerdo social.....17

 3. Responsabilidades penales.....20

 3.1. Falsedad documental.....21

 3.2. Administración desleal.....22

 3.3. Delito societario.....24

 3.4. Apropiación indebida.....24

 4. Conclusiones.....25

Cuestión sexta	27
1. Introducción.....	27
2. Alzamiento de bienes.....	27
3. Autoría.....	29
4. Relación con el concurso culpable.....	30
5. Conclusiones.....	30
Cuestión séptima	32
1. Introducción.....	32
2. Declaración de concurso culpable.....	33
Cuestión octava	39
1. Créditos contra la masa.....	39
2. Créditos concursales.....	40
3. Principio par conditio creditorum. Consecuencias y conclusiones.....	41
4. Actuación de la administración concursal.....	43
Bibliografía	46
Apéndices	47
Normativo.....	47
Jurisprudencial.....	48

Abreviaturas

Art: Artículo

Boletín Oficial del Registro Mercantil: BORM

CC: Código Civil

C. de C.: Código de Comercio

CP.: Código Penal

LC: Ley Concursal

LCCH: Ley Cambiaria y del Cheque

P.: página

RM: Registro Mercantil

S.A.: Sociedad Anónima

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TRLSC: Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Supuesto de hecho

En el presente trabajo de fin de Grado en Derecho procederemos a resolver ciertas cuestiones suscitadas en torno a la creación, desarrollo y devenir de una sociedad anónima.

En el año 2012, Don Héctor, Doña Mercedes, Doña Ana y Doña Sonia, deciden proceder a la constitución de una sociedad, lo cual realizan ante notario el día 23 de junio, aportando cada uno 25.000 euros. Ésta se constituye bajo la forma de una sociedad anónima, denominada “Nitrox S.A”, la cual estará dedicada a la venta de componentes informáticos. En la escritura de esta constitución se reconoce a Don Héctor como administrador único de la sociedad, hecho que hace valer éste para concertar el día 30 de junio de 2012, pese a que aún no se había inscrito la sociedad en el Registro Mercantil, un contrato de compraventa de material informático con la empresa “Aventa S.L”.

Para el pago de la misma, se establece un aplazamiento 2 meses desde la aceptación del contrato.

Se formaliza para proceder a dicho aplazamiento una letra de cambio en favor de “Aventa S.L”, la cual es aceptada por Don Héctor el día 15 de julio de 2012 en su propio domicilio, y en nombre de “Nitrox S.A”.

La inscripción de la empresa en el Registro Mercantil se realiza el día 30 de septiembre de 2012.

El día 20 de enero de 2014, “Nitrox S.A” convoca una Junta General Ordinaria en 2014, mediante anuncio en la página web corporativa, la cual todavía no ha sido publicada en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”.

El día 28 de enero, Doña Sonia solicita información de índole contable, bancaria y fiscal, siendo ésta proporcionada en parte, pero denegándosele las copias de las declaraciones trimestrales y anuales de IVA e IRPF.

Finalmente, la Junta se realiza el día 5 de febrero de ese mismo año; en la cual Don Héctor, hizo constar el hecho de que Sonia había pedido y accedido a cierta información. Éste, además, vota en contra de los acuerdos adoptados en la Junta.

La preocupación por la situación empresarial comienza en mayo de 2014, dada la dificultad para hacer frente a los gastos, pues las ventas bajan más cada día.

Debido a ello, Doña Ana, que es a la vez propietaria única de “SOLYPLAYA S.A”, empresa dedicada a la venta de paquetes vacacionales, ofrece a lo demás socios el cambio de titularidad de la nave en la que trabajan, en favor de su empresa, ya que esta nave constituye la única propiedad de “Nitrox S,A”, siendo su activo más valioso.

Por ello, 15 días después de esa oferta, los socios , cuya intención era reconocer la compraventa de la nave por su precio de mercado, integrándola en el patrimonio de “SOLYPLAYA S.A”, cubren los papeles oficiales para llevar esto a cabo; recogiendo el traspaso en la contabilidad de la nave, en la cual seguirán trabajando.

El día 5 de mayo de 2015, dada la situación de insolvencia de la sociedad, el administrador único Héctor, solicita la declaración de concurso de acreedores.

1. Aventa S.L. en vista de que, transcurrido el plazo pactado, Nitrox S.A. no ha procedido al pago del montante establecido (20.000€) por la compraventa de componentes electrónicos, solicita el cobro inmediato del mismo, insistiendo en la imposibilidad de aceptar una prórroga del plazo al encontrarse en una situación económica delicada.

En concordancia con la citada reclamación, Mercedes, Ana y Sonia consideran que corresponde a Héctor responder a esta deuda, debido a que el citado contrato fue concertado sin consultarlo previamente con el resto de socios. Argumente y justifique su opinión acerca de esta afirmación.

1. Introducción

En la controversia planteada, nos encontramos con el supuesto de la solicitud inmediata del cobro de una deuda, la cual fue adquirida por Héctor de forma individual, pero en representación de “Nitrox S.A”, con cargo a su patrimonio, y con el desconocimiento de las tres socias restantes.

Para realizar esta compraventa, Héctor hizo valer su condición de administrador único, cuestión clave en el asunto a tratar. Además, debemos tener en cuenta que este contrato se celebró con anterioridad a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

En primer lugar, debemos referirnos a la normativa básica que vamos a emplear, 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, de ahora en adelante, TRLSC.

A estos efectos, resulta conveniente establecer que el plazo de dos meses para proceder al pago comienza a contar desde la celebración del contrato (30 de junio), y no desde la aceptación de la letra (15 de julio).

Esta puntualización es muy importante a la hora de establecer la futura responsabilidad, puesto que la sociedad dejaría de tener la condición de “sociedad en formación”, tras ser inscrita el 30 de septiembre.

Antes de referirnos a dicha fase de la sociedad, conviene aclarar que, en virtud del artículo 24 TRLSC, desde que se otorga la escritura de constitución de la sociedad, ésta se encuentra ya facultada para comenzar a realizar las operaciones sociales que consideren oportunas.

2. Sociedad en formación. Conclusiones.

El TRLSC, en sus artículos 36 a 38 regula la figura de la sociedad en formación. En primer lugar, en el artículo 36 se establece la responsabilidad solidaria para quienes hubiesen celebrado el acto o contrato en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el RM, exceptuando aquellos casos en los que la eficacia de dichos acuerdos estuviese supeditada a la inscripción.

Siguiendo lo establecido por este precepto, y asimilando como propia de este caso la no supeditación de la eficacia contractual a la inscripción, sería responsable el administrador único, Héctor, por ser quien celebró el contrato.

En su artículo 37 se refiere precisamente a cuál será la responsabilidad de las sociedades que se encuentran en formación, aquellas que aún no se han inscrito en el correspondiente RM, pero que ya se han constituido en escritura pública ante notario, como era el caso de esta sociedad en el momento de acordar Héctor la compraventa.

Se establece en su apartado 1, que *“por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere”*.

Siguiendo lo establecido por este artículo, al tratarse de un acto realizado por un administrador dentro de las facultades conferidas por la escritura (recordemos que en la escritura de constitución se establece que Héctor será el administrador único) para la fase anterior a la inscripción; deberá responder la sociedad en formación.

Por tanto, tal y como se establece en el precepto, la sociedad “Nitrox S.A” es la responsable de hacer frente a la deuda adquirida con “Aventa S.L”.

Además, debemos tener en cuenta lo establecido en el apartado 3 del mismo artículo, el cual establece que *“salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos”*.

Es importante destacar este punto, ya que desconocemos si en la escritura se estableció algo distinto con respecto a las facultades de Héctor como administrador único, pero dado que el contrato de compraventa se celebra a los pocos días de otorgar la escritura fundacional, entendemos que sí estaba dentro de su correcto ámbito de actuación

Finalmente, nos apoyamos en el artículo 38 para establecer la responsabilidad de la sociedad, puesto que en él se establece que, tras la inscripción, quedará obligada la sociedad por los actos y contratos establecidos anteriormente en el artículo 37.

Además, añade una nota importante, puesto que en su apartado segundo se elimina la responsabilidad solidaria para estos casos; estableciéndose en el apartado siguiente (38.3), que *“en el caso de que el valor del patrimonio social, sumado al importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia”*.

Por último, nos interesa citar un extracto de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, para reafirmarnos nuevamente en el hecho de que la responsabilidad recae sobre la sociedad; la cual deberá responder con su capital social, teniendo siempre en cuenta que Héctor era el administrador único de la sociedad; *“la omisión por parte de quien firma el acepto de una letra de cambio de antefirma o de otra referencia al hecho*

de actuar por poder o por representación o como administrador de la entidad o sociedad que figura como librado en la letra no libera a éstas de responsabilidad como aceptante, excepto cuando el firmante del acepto carece de dicho poder o representación; y, a su vez, quien acepta la letra en tales condiciones no se obliga personalmente, sino que obliga a la entidad o sociedad que aparece como librado si efectivamente ostenta poder o representación de ella”¹.

Entendiendo, pues, que Héctor sí ostenta el poder y representación al que alude el TS en la citada sentencia, dada su condición de administrador único otorgada en la escritura de constitución, no se verá obligado él personalmente, si no que en dicha calidad de su cargo, tiene la facultad de obligar efectivamente a la sociedad por los actos realizados por él en representación de ésta.

Por último, nos parece procedente mencionar de forma sucinta la falta de seguimiento de sus deberes por parte de Héctor en su actuación, en el sentido de que ha obviado su deber de proceder de forma diligente, como un ordenado empresario y de actuar como representante leal.

En este sentido, cabe citar lo expuesto en el Dossier práctico de Responsabilidad de los Administradores; *“el modelo de conducta de los administradores de la Sociedad Anónima es el del ordenado empresario y representante leal. Dentro de este modelo podemos distinguir dos factores:*

-el tipo de conducta, que es el del empresario y representante; y

-el grado, que permite concretar el contenido de los tipos, y que consiste, respectivamente, en los calificativos ordenado y leal”².

¹ STS de 5 de abril de 2010 (455/2006)

² *Dossier práctico de Responsabilidad de los Administradores. Levantamiento del velo*. Ediciones Francis Lefebvre

2. Identifique las personas físicas o jurídicas contra las que el tenedor de la letra, cheque o pagaré tiene acción directa y acciones de regreso. ¿Contra cuáles conserva la acción cambiaria aunque no levante protesto ni haga declaración equivalente?

1. Introducción

Para proceder a responder a esta cuestión, emplearemos como base la normativa vigente que destinada a regular las figuras cambiarias, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (LCCH); concretamente la revisión vigente desde el 4 de mayo de 2010 hasta el 23 de julio de 2015.

En primer lugar, debemos remitirnos a lo expuesto en la cuestión anterior, puesto que es fundamental la determinación de las personas responsables de la deuda. Así, se encuentra sujeta a la obligación de cumplimiento de esta letra la sociedad "Nitrox".

2. Responsabilidad de la persona jurídica "Nitrox S.A"

La citada LCCH destina sus primeros artículos a regular la emisión y forma de la letra de cambio, estableciendo en su artículo 9 que *"todos los 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."*

Se presumirá que los administradores de Compañías están autorizados por el solo hecho de su nombramiento".

Además, nos amparamos para establecer la responsabilidad de la totalidad de socios en doctrina jurisprudencial como la establecida en la STS de 5 de abril de 2010 *"no cabe aceptar el argumento de que la aceptación se reserva al librado, pues cabe el pago por tercero con arreglo al CC, y no resulta indispensable que sea el librado quien acepte la letra de cambio, sino cualquiera que tenga mandato o representación de él (según se desprende de la presunción legal en favor del administrador, artículo 9 LCCH), quien resultará obligado personalmente si no lo hace constar (...) quien acepta la letra obliga a la entidad o sociedad que aparece como librado si efectivamente ostenta poder o representación de ella. (...)*

En el mismo sentido, la STS de 7 de mayo de 1993, que cita las SSTs de 19 junio 1981, 5 julio 1984 y 25 abril 1986 que atemperan el requisito formal de la antefirma para aquellos supuestos en los que el aceptante de la letra de cambio es representante legal de la sociedad librada estableciendo la obligación de pago de la sociedad y no de su administrador"³.

En cuanto a la responsabilidad de pago de dicha letra, debemos referirnos al artículo 57 LCCH, el cual prevé la denominada solidaridad cambiaria, por la cual todos los deudores, ya sean por vía directa o de regreso, deben responder de forma solidaria ante el tenedor. Por tanto, éste podrá dirigirse contra cualquiera de los socios de "Nitrox S.A", en caso de que la sociedad como tal no responda de la deuda con su patrimonio.

³ STS de 5 de abril de 2010 (189/2010)

3. Acciones cambiarias

Tras esta aclaración, es menester ahora referirnos a las acciones cambiarias que corresponden al tenedor de la letra de cambio, pese a que no levante protesto o haga declaración equivalente.

Se plantea en este supuesto las posibilidades del tenedor de ejercitar ciertas acciones, concretamente las acciones directas y las de regreso, en este sentido nos basaremos en un principio en un precepto de la LCCH: *"el artículo 49 de la Ley Cambiaria indica que las acciones cambiarias en sentido estricto (...), pueden ser de dos clases: directas o de regreso. La acción directa es aquella que se dirige contra el firmante de la letra de cambio o sus avalistas; mientras que la acción de regreso está dirigida contra cualquier otro obligado cambiario, es decir; los endosantes y avalistas de estos"*⁴.

Se articula así un doble mecanismo conducente a proteger el derecho de crédito que ostenta el librador en base a la letra de cambio realizada; derechos que asisten, en este caso, a la sociedad "Aventa S.L".

Para ello, debemos establecer en primer lugar que el acto de levantar protesto constituye la acreditación del impago de la letra de cambio, el cual es *"requisito legal para el ejercicio de la acción cambiaria de regreso, no de la directa"*⁵, ello en virtud del citado artículo 49. Por tanto, en un principio parece excluirse en este supuesto la posibilidad de llevar a cabo acción de regreso, por no haberse levantado el correspondiente protesto, manteniendo la acción directa.

Pero ello encuentra una excepción plasmada en el artículo 51 in fine LCCH, el cual exime al librador de la necesidad de levantar protesto o declaración equivalente en aquellos casos en los que el librado se encuentre en concurso de acreedores, circunstancia que observamos en el presente supuesto, siendo suficiente para ejercitar la acción de regreso *"la presentación de la providencia teniendo por solicitada la suspensión de pagos o del auto declarativo de la quiebra o concurso"*. Por tanto, si el representante legal de "Aventa S.L" presentara dicho documento en detrimento del levantamiento de protesto o declaración equivalente, conservaría la acción de regreso.

En cuanto a esta última figura mencionada, la declaración equivalente, se encuentra prevista en el artículo 51.2 LCCH, estableciéndose que debe constar en la propia letra de cambio y teniendo los mismos efectos que el levantamiento de protesto. No cabe cuando el librador exija a la hora de formalizar la letra la realización del levantamiento de protesto, afirmándolo así la STS de 5 de mayo de 2000 que; *"la falta de equiparación en cuanto a sus efectos de la declaración sustitutoria del protesto a éste, sólo se produce cuando el librador haya exigido expresamente en la letra el levantamiento del protesto notarial en el espacio reservado por la normativa aplicable a cláusulas facultativas, según establece el art. 51, en su párrafo Segundo, de la Ley Cambiaria y del Cheque"*⁶.

⁴ MÉNENDEZ, A.; ROJO, A. *"Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II"*. Civitas 2015, cit. p.404.

⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. Aranzadi, 2009, cit., p.143

⁶ STS de 5 de mayo de 2000 (3386/2000)

Por tanto, en este caso no es necesario por parte del librador el levantamiento de protesto ni la declaración equivalente para ejercitar la oportuna acción directa o de regreso (en caso de presentarse el documento ya indicado) que le corresponde, siendo suficiente la falta de pago, derivado ello de los artículos 49, 50 y 51 LCCH.

Por lo que concierne a la acción directa, establece RUIZ DE VELASCO que ésta *“es la que nace para reclamar el pago del aceptante o de su avalista, en caso de negarse el pago de la letra de cambio. La acción puede ejercitarse en vía ordinaria, o a través del procedimiento especial cambiario, regulado en los artículos 819 a 827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*⁷. Tal y como ya se ha aclarado, para llevarla a cabo será suficiente la falta de pago en el momento del cobro.

En cuanto a la posibilidad de ejercitar acción de regreso, afirma GARCÍA-CRUCES *“en las acciones de regreso por falta de pago, la legitimación activa recae sobre quien resulte ser el legítimo tenedor de la letra al tiempo de su vencimiento y hubiere resultado impagado por el llamado al pago, el librado (...), mientras que la legitimación pasiva recae en este caso sobre los endosantes, el librador, sus respectivos avalistas y las demás personas obligadas en la letra”*⁸.

Por tanto, ante la falta de pago, la sociedad “Aventa S.L” goza de un plazo de 3 años (momento en el cual prescribe el derecho de ejercitar las acciones cambiarias, en virtud del artículo 88 LCCH), para reclamar mediante la acción directa (o según lo establecido, la de regreso) los 20.000 euros que se le adeuden. Además, en caso de que se hubieran pactado, deberán abonarse los intereses correspondientes, si así lo hubiera dispuesto el librador en la letra de cambio, en base a la facultad que le otorgar a tal fin el artículo 6 LCCH.

⁷ RUIZ DE VELASCO A., *Manual de Derecho Mercantil*. 3ª edición. Universidad Pontificia de Madrid. ICADE, cit.,p. 691

⁸ GARCÍA-CRUCES, J A. *“Estudios de jurisprudencia cambiaria”*. Lex nova, cit., p. 329.

3. Determine la validez de la firma de la aceptación de la letra de cambio por parte de Héctor

1. Introducción

A la hora de aceptar la letra de cambio por la compraventa, Héctor se hizo valer su condición de administrador único, cuestión clave en el asunto a tratar. Además, debemos tener en cuenta que este contrato se celebró con anterioridad a la inscripción de la sociedad en el RM.

Procede puntualizar en este momento el porqué de la importancia de esta inscripción. Ello radica en el carácter constitutivo de la misma, ya que se trata del momento en el cual la sociedad adquiere personalidad jurídica, y por tanto se puede obligar frente a terceros. Como veremos a continuación, la ley prevé esta circunstancia para que no se produzca la indefensión de dichos terceros, como en este caso, acreedores.

A nivel jurídico se trata de una situación compleja, objeto de amplio debate jurisprudencial, del cual nos ha parecido lo más apropiado extraer esta concepción de la STS de 31 mayo del año 2006, en la cual se establece que *“no se puede hablar en estos casos de una situación de semipersonalidad jurídica, sino más bien de una personalidad controlada o condicionada”*⁹.

Éste amparo radica también en el ya citado artículo 24 TRLSC, en el cual se establece que *“las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución”*

Además, encontramos amparo en la STS de 14 diciembre 1995, la cual afirma que: *“las sociedades anónimas en formación y por tanto antes de adquirir plena personalidad jurídica tienen la efectiva necesidad de llevar a cabo por medio de sus fundadores o personas autorizadas, actos, negocios jurídicos y una serie de actividades presociales, que hay que reputar válidos y eficaces y en ciertos casos, no sólo en sus efectos “ad intra”, con relación a los socios, sino también respecto a tercero”*¹⁰.

2. Consideraciones de capacidad y formales. Conclusiones.

Aclarado este punto, conviene referirnos ahora a otro aspecto, centrándonos directamente en la capacidad de Héctor para realizar dicha operación.

Antes de ello, consideramos interesante otorgar una definición del acto que estamos analizando, es decir, la aceptación. Para ello, nos parece la más exacta aquella que establece que *“la aceptación se puede definir como la manifestación pura y simple que realiza el librado comprometiéndose a cumplir el mandato de pago que recibe del librador y que figura en el documento”*¹¹.

La LCCH destina sus primeros artículos a la emisión y forma de la letra de cambio. En concreto nos interesa su artículo 9, en base al cual se establece la necesidad

⁹ STS de 31 de mayo de 2006 (3325/2006)

¹⁰ STS de 14 de diciembre de 1995 (10754/1995)

¹¹ MÉNENDEZ, A.; ROJO, A. *“Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II”*. Civitas 2015, cit. p.417.

de que quien firme una letra de cambio en nombre y representación de otros debe encontrarse autorizado a realizar tal acción; estableciéndose además la presunción de dicha autorización para los administradores de lo que la ley denomina "compañías". Por tanto, para el caso que nos ocupa, afirmamos que la actuación de Héctor se encuentra amparada en el citado artículo in fine, dado que ocupa la posición de administrador único de la sociedad.

Precisamente a este precepto se refiere la STS de 5 de febrero de 1996, al afirmar que *"...en su relación a los preceptos 9, 116 y 117 de la Ley Cambiaria, autorizan a firmar letras de cambio y por extensión cheques como libradores en nombre de otro siempre que se esté debidamente autorizado, lo que se presume legalmente por el sólo hecho de su nombramiento respecto a los administradores de compañías, cuando, como sucede en este caso, la identificación de la entidad aparece de forma clara e inequívoca."*¹².

Dada esta aclaración, el nombramiento de Héctor como administrador único en la escritura de constitución de la sociedad le facultaría a proceder a dicha firma.

Por otra parte, cabría cuestionarse la validez del sello como cauce para obligar a la sociedad, encontrando apoyo en la doctrina jurisprudencial, plasmada en la sentencia anteriormente citada, la cual ha establecido que *"basta con que el representante o administrador de una sociedad o entidad estampe en la antefirma el sello de la misma con datos suficientes para identificarla"*.

Pese a ello, debemos aclarar que no existe una opinión unánime respecto a dicha validez del sello, sosteniendo cierto sector jurisprudencial que *"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. Pese a ello, el legislador, en la Disposición Final Primera, párrafo segundo, prevé que reglamentariamente se regulará el libramiento de las letras de cambio emitidas y firmadas por el librador en forma impresa"*¹³. La propia sentencia explica que dicha regulación aún no ha sido realizada por motivos de índole tributario.

Por otra parte, establece el artículo 25 LCCH que el lugar de presentación de la aceptación de la letra debe ser el domicilio del librado, por lo que su firma en el domicilio de Héctor podría suponer la falta de cumplimiento de dicho requisito, presuponiendo que éstos domicilios no son coincidentes.

Pese a ello, y dado todo lo expuesto, consideramos apropiada determinar la validez de la aceptación de la letra de cambio, no sin dudas al respecto, dadas las cuestiones suscitadas en torno al sello o el domicilio.

¹² STS de 5 de febrero de 1996 (2349/1992)

¹³ STS de 6 de septiembre de 2013 (530/2013)

4. Dictamine 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.

1. Introducción

Corresponde en este momento pronunciarnos acerca de la adecuación con respecto a la normativa vigente de la convocatoria de la Junta Ordinaria. Para ello, debemos remitirnos nuevamente al cuerpo normativo formado por el TRLSC, en su versión vigente hasta el 1 de enero de 2015, dadas las fechas en las que acontecieron estos hechos.

Se regula esta forma de junta en su Título V, dedicando su Capítulo IV a la convocatoria (art. 166 y siguientes).

Previamente, en el artículo 164, Capítulo III, dedicado a las clases de juntas, se establece lo siguiente:

"1. La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.

2. La junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo".

Por ello, lo fundamental ante esta controversia es tratar la convocatoria de la Junta.

2. Convocatoria de la Junta General Ordinaria

Se encuentran legitimados para proceder a realizar dicha convocatoria los administradores, además de los liquidadores en su caso. En aras de un interés superior, como el de *"recomponer la actividad jurídica normal"*¹⁴, la jurisprudencia ha realizado una interpretación poco estricta del precepto, admitiendo la convocatoria por parte de miembros que ya habían dimitido de su cargo en el consejo de administración de la sociedad.

A mayores, los artículos 168 y 169 TRLSC establecen, respectivamente, la obligación de convocar junta a los administradores cuando al menos lo pida así un 5%, y la facultad del juez de lo mercantil para realizar dicha convocatoria.

En cuanto a los requisitos de forma, establecidos en el artículo 173, debemos referirnos al hecho de que la página web no se encontraba inscrita en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, por lo que, en virtud del citado precepto, debió anunciarse su convocatoria en el dicho boletín, así como en *"uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social"*. La jurisprudencia se ha inclinado por una aplicación laxa de este requisito, admitiendo su publicación en diarios no estrictamente provinciales¹⁵.

¹⁴ STS de 5 de julio de 2007 (3875/2007)

¹⁵ STS de 16 de febrero de 2007 (2540/2007)

Además, en el artículo 11bis del TRLSC, al cual nos remite el 173, se establece que la web debe crearse siguiendo el procedimiento establecido en el mismo, y posteriormente, tal y como nos indica el párrafo 3: *"el acuerdo de creación de la página web se hará constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y será publicado en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil"*.

Finalmente, encontramos otra irregularidad en cuanto al requisito temporal fijado en la ley, puesto que el artículo 176 exige al menos un plazo de un mes entre la convocatoria de la junta y la celebración de la misma.

Por todo lo expuesto, declaramos que esta junta no ha sido convocada válidamente, ya que *"toda convocatoria que no se ajuste a las prevenciones legales carece de validez, impregnando dicha tacha a los acuerdos en la misma adoptados"*¹⁶.

3. Derecho de información del socio

Debemos centrarnos ahora en la posible vulneración del derecho de información de Doña Sonia, para lo cual acudiremos al TRLSC para resolver esta cuestión.

En cuanto a este derecho, CALERO entiende que se trata de *"un derecho que debe permitir a su titular un adecuado conocimiento del devenir societario, esencial tanto para el ejercicio de los restantes derechos, como para la comprensión y evaluación de la conducta de los demás socios y de los administradores"*¹⁷.

Así, la jurisprudencia ha optado por establecer ciertas notas características de dicho derecho, con intención de plasmar su importancia como mecanismo de democracia y correcto funcionamiento de la sociedad, considerando relevantes la sentencia dictada por el TS el 3 de julio de 2008, la cual establece que el derecho de información *"es aquél que trata de facilitar al socio un conocimiento directo sobre la situación de la sociedad y desde luego es uno de los derechos más importantes del mismo, puesto que mediante su ejercicio puede tener el conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la Junta, posibilitando una emisión consciente del voto"*¹⁸; así como la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, con fecha 9 de diciembre de 2011 *"el Tribunal Supremo ha declarado la trascendencia del derecho de información de los accionistas como instrumental del derecho de voto (vgr., entre otras, SSTS 29 de julio de 2004, n. 869 ; 12 de noviembre de 2003, n. 1058 ; 22 de mayo de 2002 , n. 483, 4 de octubre de 2005). Su verdadera finalidad radica en que el socio conozca perfectamente o al menos tenga la posibilidad de conocer los pormenores del acuerdo que se somete a su consideración, pues difícilmente cabe votar si no se da la opción de conocimiento de aquello que se somete a la soberanía de la Junta"*¹⁹.

¹⁶ PRESENCIA CRESPO F., *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración*. Centro de documentación judicial del CGPJ, cit., p. 199.

¹⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *La información del socio ante la junta general*. Revista Derecho de Sociedades nº8, ISSN 1134-7686

¹⁸ STS de 3 de Julio de 2008 (663/2008)

¹⁹ SAP de A Coruña de 9 de diciembre de 2011 (528/2011)

En cuanto a la legislación vigente, este derecho se encuentra regulado en el artículo 197 TRLSC, referido a la sociedad anónima, interesándonos el aspecto destinado a los casos en que la solicitud de dicha información se realiza con anterioridad a la celebración de la junta, puesto que el mismo precepto regula también los casos en que la solicitud se realiza durante la propia junta.

Existe además un requisito temporal, en base al cual debemos regirnos por lo establecido en el apartado primero del citado artículo. Según éste, Sonia actuó correctamente al solicitar la información el día 28 de enero, ya que en él se indica que dicha solicitud podrá realizarse hasta 7 días antes de la celebración de la Junta, la cual tuvo lugar el 5 de febrero.

Dado que no se especifica el contenido de los puntos tratados en dicha Junta, no podemos pronunciarnos sobre la pertinencia de la información solicitada con respecto a dichos asuntos; cuya necesaria relación se plasma también en el apartado primero del precepto. Además, si se considera que esta información es innecesaria para el socio, o que su utilización podría perjudicar los fines de la sociedad, también se establece, en el apartado tercero, que los administradores no estarán obligados a proporcionarlos.

Por otra parte, el cuarto apartado del mencionado precepto alude a la imposibilidad de denegar dicha información si ésta es solicitada por quien represente al menos el 25% del capital social, condición que cumple Doña Sonia.

Por último, debemos tener en cuenta que el TS entiende que *“el derecho se vulnera cuando se deniega la información o cuando se dificulta el acceso a la documentación. Y el juicio de revisión casacional puede versar tanto sobre si ha existido una denegación total o sustancial, como si se ha observado un criterio excesivamente riguroso en su exigencia, pues, como viene reiterando esta Sala (por todas S. 4 de octubre de 2005), el derecho de información aunque fundamental, en cuanto instrumental del derecho de voto, sin embargo no es ilimitado, sino que ha de ceñirse a los extremos concretos sometidos a la Junta, ni puede ser llevado al paroxismo, esto es a una situación en que se impida u obstaculice el funcionamiento correcto y normal de la sociedad, sino que ha de ser ejercitado de buena fe, como todos los derechos, debiendo rechazarse los modos de ejercicio que resulten abusivos”*²⁰.

En cuanto a las posibilidades que ésta tendría de actuación por verse vulnerado su derecho, puede exigir su eficaz cumplimiento, así como los daños y perjuicios ocasionados, en virtud del apartado 5; pero no estará facultada para impugnar la junta.

Cuestión distinta es la impugnación de los acuerdos adoptados en ella. Doña Sonia se encontraría legitimada para llevar a cabo dicha acción, siendo clara la doctrina jurisprudencial respecto a este punto: la impugnación deberá recaer sobre aquellos aspectos que se encuentren relacionados y que tengan incidencia en la información no facilitada, quedando a salvo aquellos acuerdos ajenos a dicha vulneración²¹.

²⁰ STS de 26 de julio de 2010 (530/2010)

²¹ STS de 29 de marzo de 2005 (1903/2005)

Para resolver dicha impugnación, se ha aceptado por parte de la jurisprudencia la posibilidad de acudir a la vía del arbitraje en lugar de al procedimiento previsto en la ley, siempre y cuando así lo hubieran previsto los estatutos; tal y como se establece en sentencias como la dictada por el TS el 18 de abril de 1998²².

Por último, debemos pronunciarnos con respecto a la posible responsabilidad penal en la que incurre Héctor, ya que en el artículo 293 CP se prevé esta situación, debiendo imponérsele pena de multa de 6 a 12 meses, por tratarse de un administrador de derecho de una sociedad que, aparentemente sin causa legal, negó el ejercicio de derecho de información a un socio.

²² STS de 18 de abril de 1998 (2984/1998)

5. El 10 de diciembre del 2014 Doña Mercedes revisando el libro de actas de la sociedad se percata de que el día 25 de noviembre del 2013 se celebró supuestamente una Junta Universal, en la cual consta la firma de todos los socios. En dicha Junta se adoptó un acuerdo de retribución a favor del administrador Don Héctor de 50.000 €, pese a que en los estatutos de la sociedad no se contempla nada sobre la retribución de los administradores. Posteriormente, Doña Mercedes comunicó este hecho al resto de socios, llegando a la conclusión de que Don Héctor falsificó la firma de todas ellas. Dictamine acerca de la posibilidad de anular el citado acuerdo social y sobre las eventuales responsabilidades penales del administrador Don Héctor.

1. Introducción

Dentro de la controversia planteada nos encontramos con dos aspectos diferentes, aunque interrelacionados y dependientes entre sí, ya que el segundo es consecuencia directa del primero.

Por una parte, debemos pronunciarnos sobre el hecho de que Héctor ha firmado en nombre del resto de socios, sin conocimiento por parte de éstos, unos acuerdos que le benefician claramente, perjudicando a la sociedad.

Por otra parte, debemos analizar la consecuencia de este acto, la adjudicación en favor de Héctor de un total de 50.000 euros; lo cual deriva en la comisión por parte de este sujeto de un delito, al margen del medio que se emplea para llevarlo a cabo, que también constituye un delito de falsedad documental.

2. Anulación del acuerdo social

En primer lugar, para pronunciarnos sobre la posibilidad de anular el acuerdo social, es necesario determinar la repercusión que el modo en que se realizaron los hechos que condujeron a dicho acuerdo fueron celebrados, dada su influencia determinante en la celebración del mismo.

Para establecer la conformidad del acuerdo adoptado en la Junta Universal, debemos acudir a la LSC. Ésta, en su artículo 178 establece los requisitos para la validez de la junta general, siendo éstos:

1. La necesaria presencia, ya sea directa o mediante representación, de los socios representantes del total del capital, y
2. el acuerdo unánime de la celebración de la reunión.

La resolución dictada por la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 24 de abril de 2013, y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 28 de mayo de 2013 insiste en la necesidad de cumplir fielmente a lo establecido en la ley.

En ella, se establece que es imprescindible que se realice una interpretación estricta de los requisitos para la celebración de una Junta Universal, que siendo los mismos del artículo 178 LSC, en el momento de emisión de esta resolución, se establecían en el artículo 99 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas.

Según doctrina del TS, el incumplimiento de los requisitos para la validez de una Junta Universal se califican como “contrarios al orden público”: *“pues bien, la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 - la presencia de todo el capital - se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público - sentencias de 29 de septiembre de 2.003, 30 de mayo y 19 de julio de 2.007 -, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados - sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2.007, no obstante la de 18 de mayo de 2.000 -, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron”*²³.

Por tanto, afirmamos que el acuerdo adoptado en la supuesta junta es nulo, basándonos, además de en la ya probada falsedad de la junta, en el propio contenido de la misma; ya que la retribución de los administradores debe establecerse en los estatutos, lo cual no ha ocurrido en este caso; presumiendo el artículo 217 TRLSC, que en este caso el cargo será gratuito.

En virtud de lo establecido por el artículo 205 de la LSC, nos encontramos ante un caso en el que no existe un límite temporal para impugnar estos acuerdos, ya que resultan contrarios al orden público. Por ello, no deben ajustarse al plazo establecido para las demás situaciones, que es de un año.

A los acuerdos contrarios al orden público se refiere también el TS en los siguientes términos: *“no puede entenderse que resulte indemne a actos falsarios, que vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable. 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, afectando al orden público societario.”*²⁴

En cuanto a la impugnación de este acuerdo, encontramos su previsión en el TRLSC, concretamente en su artículo 204: *“1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.*

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.”

En el supuesto que nos ocupa, nos encontramos ante un acuerdo que lesiona el interés social de “Nitrox S.A.” en beneficio propio de Don Héctor. Además, tal y como se prevé en las últimas líneas del precepto, aunque esa retribución de 50.000 euros a

²³ STS de 19 de abril de 2010 (2079/2005)

²⁴ STS de 19 de julio de 2007 (5814/2007)

favor de él, no se llegara a producir (lo cual no se aclara en la exposición de hechos), se lesionaría igualmente el interés social por imponerse de forma abusiva.

Dilucidamos esta calificación de los hechos como “forma abusiva”, ya que esta atribución no se justifica como necesaria para la sociedad, y perjudica claramente al resto de socios; además, siendo necesaria la mayoría de los socios para establecer dicha forma, esta condición se encontraba plasmada en el acuerdo, pese a que en realidad no existió por haberse falsificado las firmas.

La legitimación para proceder a dicha impugnación se establece en el artículo 206, en virtud del cual tienen esta condición de legitimados: Doña Mercedes, Doña Sonia y Doña Ana, dada su condición de socias.

Tratándose de un acuerdo contrario al orden público, no precisan cumplir los requisitos establecidos en el párrafo primero, consistentes en que hubieran adoptado esta condición de socios antes de producirse el citado acuerdo, y representaran más del uno por ciento, tanto individual como colectivamente, del total del capital. Esta exención se encuentra plasmada en el párrafo segundo del citado precepto.

La impugnación de los acuerdos se regirá por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tramitándose mediante el procedimiento del juicio ordinario, tal y como se establece en el artículo 207 de la Ley de Sociedades de Capital.

Se pronuncia en este sentido GARCÍA DE ERRENTERÍA, al establecer que *“si de una nulidad radical o de pleno derecho se tratara, el acuerdo nulo o contra legem sería indisponible para las partes, la nulidad podría declararse por iniciativa de cualquier persona con interés legítimo (en el límite, de oficio por los tribunales), la acción para decalararla no prescribiría ni caducaría y, en general, el acuerdo sería incapaz de producir ninguno de los efectos jurídicos perseguidos por las partes. Pero nada de esto ocurre con los acuerdos sociales nulos, que se benefician de una eficacia jurídica plena como consecuencia de la simple inactividad de los sujetos a los que se reconoce legitimación para impugnar durante el breve plazo de caducidad previsto al efecto”*²⁵.

En caso de que la sentencia declare la nulidad de este acuerdo, esto deberá inscribirse en el RM, publicándose un extracto en el BORM. Tras ello, se retrotraerán los efectos provocados por el acuerdo declarado nulo a la situación anterior a su celebración.

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.

Esto es así en el presente caso, pues la firma de las restantes socias aparece plasmada en las actas, afirmando éstas no tener conocimiento de ello hasta más de un año después.

Debemos observar la no obligatoriedad de registro notarial de las juntas universales, deviniendo pues la responsabilidad de los socios el probar la falsificación de su firma en aquellos casos en los que la sociedad aporte el acta con las firmas de los asistentes.

²⁵ MENÉNDEZ A., ROJO A., *Revista de Derecho Mercantil*, número 290, octubre-diciembre 2013, Civitas, cit., p. 148

3. Responsabilidades penales

A continuación, debemos pronunciarnos sobre los aspectos penales de la actuación de Don Héctor, con el fin de determinar la responsabilidad que éste tendrá, en base a este ámbito legal.

Para ello, nos centraremos en la principal norma que rige la comisión de los delitos, el Código Penal.

Éste se encuentra regulado en nuestro ordenamiento en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo del Código Penal, la cual ha modificado la, hasta ese momento vigente, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

El hecho de dedicar parte de su regulación a hechos como los observados en este supuesto (delitos patrimoniales, no personales), responde a la necesidad que surge en la sociedad de regular y tipificar aquellas irregularidades cometidas en el sector económico, con el fin de garantizar la seguridad y el correcto tráfico en el giro empresarial.

Ya en la sociología americana se le ha querido dar desde los comienzos de la regulación de este tipo de delitos, una denominación concreta para los mismos, acuñándolos con el término de “white-collar criminality”, es decir, delincuencia de cuello blanco.

La regulación que se ha realizado de este tipo de delitos ha ido aumentando con las sucesivas reformas que el CP ha sufrido desde su promulgación en el año 1995. Esto se debe fundamentalmente, como en cualquier otro ámbito del Derecho, a que la Ley siempre va un paso por detrás de la realidad social, ya que los diferentes supuestos y situaciones se van normativizando según aparecen en el escenario y desenvolvimiento de la vida ordinaria.

Así, con el devenir de los años y las sucesivas reformas del CP, se han introducido nuevos delitos como la facturación ilícita o el espionaje empresarial. Tras la reforma del año 2010, se introdujo una importante novedad, ya que por primera vez se establecía, bajo una enumeración de supuestos determinada, la responsabilidad penal autónoma y directa de las personas jurídicas cuando concurrieran en alguno de los mismos.

La modificación realizada sobre el CP en el año 2015 constituye la más importante reforma para este cuerpo legislativo desde que se promulgó en el año 1995.

Para la materia que nos ocupa, conviene, en primer lugar, distinguir los distintos tipos de delitos que vamos a tratar, a saber, delitos de carácter patrimonial y delitos de carácter económico. En este sentido, procede hacer referencia a la aclaración realizada por CALABUIG, en su estudio “Comentarios al Código Penal”, la cual clasifica estos dos conjuntos delictuales en los siguientes términos: “*debemos entender por delitos patrimoniales aquellos que exigen un menoscabo patrimonial y delitos económicos los que implican un riesgo para el mercado o los legítimos intereses que confluyen en las reglas de juego del mercado*²⁶”.

²⁶ CALABUIG COSTA M. L., “Comentarios al Código Penal. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”. Fuente: www.difusionjuridica.com

Al analizar esta explicación, centrada en establecer las condiciones que se deben dar para la apreciación del delito, podemos discernir cual es el bien jurídico protegido en cada caso.

Por una parte, los delitos patrimoniales tienen como objetivo salvaguardar el patrimonio del dañado, y por otra, los delitos societarios buscan garantizar la confianza de los afectados en el curso empresarial.

Otro aspecto importante de la reforma del CP es la introducción de la circunstancia agravante de multirreincidencia, establecida en el artículo 235, penando con mayor intensidad este supuesto, con penas de prisión de 1 a 3 años; avalada por la jurisprudencia del TC, en Sentencia 150/1991.

Por último, conviene aclarar que para referirnos a la relevancia e influencia que la reforma del CP ha tenido en ciertos casos que vamos a tratar, nos remitiremos a la propia exposición de estos delitos; dado su carácter específico.

No obstante, debe aclararse que la nueva regulación se tendrá en cuenta a modo comparativo en aquellos delitos en los que, dado el momento de su comisión, deben regirse por el CP en vigor desde el año 2010, todo ello en virtud del artículo 2.2 del mismo cuerpo legal, puesto que en él se establece que los hechos deben ser juzgados conforme a la normativa vigente en el momento de su comisión.

Nos referiremos a continuación a la primera de las cuestiones penales suscitada, ya que la falsificación de firma en un documento mercantil, constituye un hecho delictivo tipificado en el CP.

3.1. Falsedad documental

La regulación de las falsedades documentales se encuentra en el Capítulo II de su Título XVIII, más concretamente en su artículo 390 y siguientes.

Es en el artículo 392, donde se establece que *“el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”*.

En este precepto se nos remite a las falsedades reguladas anteriormente por el 390, dentro del cual, para el presupuesto fijado, debemos acudir a su párrafo tercero, por tratarse la firma de un acto que supone la intervención de personas que no la han tenido.

Nos encontramos, pues, ante la tesitura de calificar el acuerdo falseado como un documento mercantil.

Así lo entendemos, y ello en base a la STS de 7 febrero de 2006 al indicar lo siguiente: *“Los documentos en que se hace constar la celebración de las correspondientes juntas de las sociedades comerciales son documentos mercantiles”*²⁷.

Debemos señalar que se produce, además, en este caso la creación de un documento “ex novo”, ocasionando error sobre el hecho de que éste sea auténtico, constituyendo, como se deriva de la STS de 28 de octubre de 1997, “un soporte falso”²⁸.

²⁷ STS de 7 febrero de 2006 (RJ/2006/510)

Aclarada esta cuestión, nos ocupa ahora establecer cuáles son los requisitos necesarios para que se dé el tipo punible establecido en nuestro CP, los cuales, en base a la jurisprudencia del TS, recogida en SSTS de 22 de marzo de 2010 (279/2010) y de 27 de octubre de 2010 (888/2010) se dividen en objetivos y subjetivos.

El requisito subjetivo nos lleva a analizar la intención del sujeto activo, en este caso Héctor, en la concurrencia del llamado “dolo falsario”. Éste consiste en la voluntad consciente de falsear la realidad con actos que falten a la misma, lo cual resulta obvio en este caso, ya que se realiza un Junta a espaldas del resto de socios, con una clara intención de faltar a la verdad de los hechos.

En cuanto a este hecho, el Tribunal Supremo mantiene que *“la voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, convirtiendo en veraz lo que no es y resultando irrelevante que el daño llegue o no a causarse.”*²⁹

En cuanto a los requisitos objetivos, se plantean indispensables dos condiciones:

1. Que se produzca el hecho en sí de falseamiento de la verdad, mediante alguno de los cauces estipulados como punibles por nuestro CP en su artículo 390.
2. Que dicha alteración de la realidad se produzca sobre aspectos fundamentales y esenciales del documento mercantil, tergiversación observable en este supuesto, ya que radica en la propia inexistencia del acuerdo y posterior falsificación de las firmas. Tal y como establece el TS, *“lo esencial para el tipo penal es que aquella inveracidad recaiga sobre extremos esenciales, no inanes, inocuos o intrascendentes”*³⁰.

Por lo tanto, consideramos a Héctor responsable de la comisión de este delito, por lo que se enfrentaría a una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Además de esta falsedad documental, Héctor es responsable penalmente por un delito enmarcado en nuestro CP en los denominados “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, regulados en su Título XIII.

Nos encontramos, en este momento, en la necesidad de plantear las distintas posibilidades de apreciación en base a los hechos y el bien jurídico dañado, siendo nuestra consideración la de exponer los delitos en base a los cuales cabría calificar este hecho:

3.2. Administración desleal

En primer lugar, tal y como hemos establecido al comienzo de la exposición sobre la reforma del CP, es menester en estos momentos referirnos a las modificaciones que este delito ha tenido, sobre todo en su ámbito de clasificación, a la hora de

²⁸ STS de 28 de octubre de 1997 (2089/2013)

²⁹ STS de 25 de abril de 2013 (2089/2013)

³⁰ STS de 28 de septiembre de 1995

establecer qué tipo de delito se trata, puesto que, dada su tipicidad, el ámbito de actuación es muy amplio.

Dada la nueva perspectiva del CP, este delito deja de pertenecer a los denominados “Delitos societarios”, pasando a ser considerado un delito patrimonial.

Este cambio se debe a que actualmente, puede ser sujeto pasivo de este tipo delictivo cualquier tercero perjudicado, eliminándose la exclusividad para la legitimación pasiva que hasta el momento ostentaban las sociedades mercantiles.

En el caso que nos ocupa, debemos acogernos a la regulación del CP anterior a la última reforma, es decir, el vigente desde el año 2010, puesto que la Junta Universal en torno a la cual giran los acontecimientos, se produjo en noviembre del año 2013, conociéndose por primera vez por Doña Mercedes el 10 de diciembre del 2014.

Este delito se encuadra en los denominados “Delitos societarios” (Capítulo XIII del mencionado Título), concretamente en el artículo 295. En éste, se establece que *“los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.”*

Observamos, por tanto, la posibilidad de tipificar el hecho como una administración desleal, puesto que Héctor, administrador de derecho, abusa de las funciones propias que le asigna su condición de administrador único, en beneficio propio causa un daño que se puede evaluar dinerariamente a las demás socias.

Atenderemos, a continuación, a los elementos del tipo, establecidos en jurisprudencia del TS, como la Sentencia del 15 de octubre de 2014, en los siguientes términos:

- Es condición “sine qua non” que el sujeto activo, el autor del delito, sea administrador de hecho o de derecho; ya que es necesario que tenga potestad para gestionar la sociedad.
- Cabe esperar, al tratarse de un delito societario, que es necesario que el hecho se realice en el marco de una sociedad mercantil.
- Debe darse además, un abuso en la actuación del mismo, es decir, un aprovechamiento real de su condición ventajosa en cuanto que se trate de un administrador con poder para gestionar la sociedad e influir en el patrimonio de la misma.
- Además, debe producirse un beneficio en favor del sujeto activo, o de un tercero, sin que exista la necesidad de certificar que dicho beneficio haya sido recibido por el culpable e incorporado a su patrimonio, o al de un tercero.

Observamos como a consecuencia de su actuación se ha producido un daño a la sociedad “Nitrox S.A”. Dicho perjuicio se puede evaluar económicamente, tal y como obliga la jurisprudencia para poder apreciar la comisión de este delito, puesto que se asigna una retribución concreta de 50.000 euros.

Se desprende de forma ineludible de este hecho, que Don Héctor ha adquirido un claro beneficio a costa del patrimonio de la sociedad.

3.3. Delito societario

Es menester, a continuación, proceder a hablar de otro tipo de delito observable en los hechos a los cuales nos referimos.

En el Capítulo XIII del ya citado Título XIII de nuestro CP, se regula bajo la denominación de “Delitos societarios”.

Antes de exponer las consideraciones sobre este delito, debemos clarificar la procedencia de incluir el hecho en este conjunto de hechos tipificados. Ello lo realizamos en base al artículo 297, en el cual se especifica las formas que se entenderán como sociedades, encontrando entre ellas la sociedad mercantil. Por ello, “Nitrox S.A” se encuentra sujeta a este tipo de delitos, ya que

En este sentido, consideramos encuadrable en este hecho el precepto recogido en el artículo 292 CP, *el cual establece refiriéndose en su inicio al artículo 291, que “la misma pena del artículo anterior se impondrá 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”*.

Este delito contiene como bien jurídico protegido el patrimonio tanto de los socios como de la sociedad, al igual que su precepto predecesor inmediato, al cual cita; pero hemos considerado una mayor adecuación al presupuesto en el artículo 292, ya que éste se refiere a la adopción del acuerdo lesivo “por una mayoría ficticia”, gracias a un “abuso de firma en blanco”.

Por último, debemos recordar que los delitos societarios, en cumplimiento del artículo 296 del CP, sólo son perseguibles a instancia de parte; contando con la excepción de supuestos especiales, como para el caso de menores de edad, en los que podrá actuar el Ministerio Fiscal de oficio. Dentro de estas excepciones, encontramos este supuesto, ya que el precepto “in fine”, exonera también en aquellos casos en los que afecte a intereses generales, o como en el presente caso, cuando afecte a una pluralidad de personas.

3.4. Apropiación indebida

Cabría también plantearse la posibilidad de que este hecho constituyera un delito de apropiación indebida. Para ello, es necesario hablar de la influencia que la reforma del CP ha tenido sobre su regulación.

Actualmente, la apropiación indebida se encuentra regulada en el artículo 253 del CP, el cual reza lo siguiente: “1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”.

Dado el momento de comisión del delito, como ya se ha aclarado, debemos acogernos a la regulación anterior, en la cual este delito se castigaba en el artículo 252.

Las principales diferencias que encontramos en el precepto a aplicar, con respecto al vigente en la actualidad, son las siguientes:

-Se establecía una cuantía mínima para la apreciación del delito, ya que lo apropiado debe exceder de 400 euros.

-No se aclaraba con precisión quién debe ser el sujeto que se beneficia de la apropiación.

-Se preveía la administración como uno de los supuestos mediante los cuales el sujeto activo podía realizar la acción.

Ésta constituye la diferencia más importante, ya que al considerar este medio como uno de los subsumibles en la apropiación indebida; afirmándolo como posesión legítima; nos permite encuadrar fácilmente el supuesto de hecho dentro de este delito.

Esto se debe, claramente, a la condición que Don Héctor ostentaba como administrador único de “Nitrox S.A”, siendo por tanto su título de posesión legítima mediante el cual pudo llevar a cabo el acto ilícito.

Para el caso concreto, podemos apreciar que se cumplen los siguientes elementos de este delito.

En primer lugar, debemos referirnos a la necesidad de que exista una intención de beneficiarse personalmente de la apropiación por parte del sujeto activo. Así se ha pronunciado el TS, afirmando que éste 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”³¹.

En el presente caso, Don Héctor se apropia de un dinero que se incluye dentro del patrimonio le fue confiado por parte de “Nitrox S.A”, en base a la obligación que él tenía de administrar y gestionar dicho capital.

4. Conclusiones

Tras la exposición del abanico de posibilidades ante el cual nos encontramos, dados los hechos acontecidos, nos ocupa en este momento establecer cuál será finalmente el delito que procede aplicar en este presupuesto.

La mayor controversia, a nuestro juicio, es la planteada entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal, dada su continua fricción en la vida judicial, puesto que los elementos que integran uno y otro, con asiduidad provocan confusiones.

Nuestra posición se inclina, no sin matices y aceptando diversas interpretaciones, por aplicar el delito de apropiación indebida, puesto que consideramos que se ajusta en mayor medida a los hechos, como expondremos a continuación.

31 STS de 4 de junio de 2002 (4025/2002)

En base a la doctrina del TS, prevalece el delito de apropiación indebida, ya que, como ya hemos mencionado, en la anterior regulación incluía la posibilidad de que uno de los cauces para su ejecución deviniera de la administración de bienes. Así se mencionaba la jurisprudencia a este respecto: *“en los supuestos en los que, tratándose de dinero o de bienes inmuebles, el administrador los incorpora de forma definitiva a su patrimonio, resulta de aplicación preferente el delito de apropiación indebida que tiene asignada una mayor pena (artículo 252 CP), debiendo quedar reservado el delito de administración desleal para aquellos casos en los que se producen usos temporales ilícitos de los bienes de la sociedad u otras conductas no subsumibles en el delito patrimonial clásico”*³².

En los casos en los que se establecía la comisión de ambos delitos, se procedía a aplicar el principio de alternatividad entre ambos, primando, por tener mayor pena, el delito de apropiación indebida.

En cuanto al delito societario planteado, debemos rechazar su aplicación ya que en el no se establece el tipo de daño que debe ocasionarse para incurrir en dicho ilícito. Por ello, no se puede decir que se den idénticos elementos del tipo, al no concretarse el tipo de daño que debe sufrir la sociedad o cualquiera de sus socios.

Por ello, consideramos más apropiada la aplicación en este caso, de un delito de apropiación indebida, cometido por Don Héctor, en el ejercicio de sus funciones, por lo cual, debería ser juzgado en este sentido, enfrentándose a una pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, tal y como se recoge en el artículo 250 CP, al cual se remite la tipificación del artículo 252, junto con la posibilidad de aplicar las penas del artículo 249.

Hemos entendido de aplicación el artículo 250 C, puesto que nos encontramos ante un supuesto agravado, enmarcable dentro de dos de las situaciones que recoge este precepto:

“2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

(...)

6.º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”.

En definitiva, Héctor es culpable de un delito de falsedad documental y otro de apropiación indebida, los cuales confluyen en un concurso medial, puesto que el primero es el instrumento necesario para proceder a la comisión del segundo. En base a ello, la pena a imponer debe ser la correspondiente a la mitad superior de la más grave; siendo en este caso el de la apropiación indebida, cuya mitad superior se desplaza desde los tres años y medio hasta los seis años.

32 ROJO, A., BELTRÁN E. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p: 388.

6. Dictamine sobre la legalidad de la compraventa de la nave y sobre las eventuales responsabilidades penales de los socios.

1. Introducción

Dados los hechos relatados en relación a la compraventa de la nave por parte de “SOLYPLAYA” a “NITROX”, nos ocupa en este momento pronunciarnos sobre las cuestiones legales que esto puede suscitar, así como la responsabilidad que los socios tendrán al respecto.

La actuación de los socios, a raíz de la proposición realizada por Ana, se encuentra encaminada a ocultar la existencia de un bien frente a los acreedores, puesto que la actividad de “NITROX” se seguirá desarrollando en la nave; lo cual, obviamente, se traduce en una completa falta a la legalidad vigente.

En base a este hecho, es necesario establecer que la compraventa fue simulada, puesto que no se produjo una efectiva transmisión de la propiedad.

Para resolver esta cuestión, debemos acudir a la versión anterior a la actualmente vigente del CP, la cual estaba en vigor en el momento de la comisión del delito (mayo de 2014), puesto que ésta era la vigente hasta el 1 de julio de 2015.

Dentro de este cuerpo normativo, nos centraremos en su Título XIII, concretamente en el Capítulo VII, dedicado a las insolvencias punibles. En esta regulación, referida a delitos patrimoniales, el bien jurídico protegido es el derecho de crédito del acreedor, por los motivos que se expondrán más adelante.

2. Alzamiento de bienes

A continuación, procederemos a exponer el tipo penal del alzamiento de bienes, el cual consideramos de aplicación en el presente caso.

Éste delito se encuentra regulado en el artículo 257 del CP, en el cual se establece que: *“1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:*

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

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

En el presente caso, encuadramos los hechos tanto en el 1.1º, al ocultar patrimonio frente a acreedores como “Aventa S.L.”, como en el 1.2º, ya que el motivo de la realización de la supuesta compraventa radica en la dificultad de hacer frente a los gastos de la sociedad, por lo que era previsible la insolvencia de la misma, lo que conllevaría, como dice el precepto, a poner obstáculos en caso de embargo, procedimiento ejecutivo o de apremio.

Ello se fundamenta en la comisión por parte de los socios de una actividad indudablemente fraudulenta, en claro perjuicio de sus acreedores, puesto que se oculta el principal activo de la sociedad. Así, la consumación efectiva del delito se produce en el momento en el que el bien se desplaza del patrimonio para incorporarlo a otro ajeno.

Existe controversia al respecto de considerar para la citada efectiva consumación del alzamiento la necesidad de producción de un daño concreto, sosteniendo MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ que *“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”*³³; siendo por tanto objeto de debate jurídico si nos encontramos ante un delito de mera actividad, o un delito de resultado. En nuestro caso, compartimos esta opinión, fundamentada también en sentencias como la dictada por el TS el 26 de octubre de 2006, a la cual nos referiremos en esta exposición.

Además, debemos tener en cuenta otro aspecto del tipo, regulados en el párrafo 5. En él, se establece que *“este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal”*. Éste constituye otro de nuestros argumentos a favor de aplicar este tipo penal.

Para concluir, debemos plasmar que, la ya mencionada STS de 26 de octubre de 2006, en su FD Tercero, afirma que: *“es constante doctrina de esta Sala que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación de un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores. Por ello, lo que procede es la restauración del orden jurídico perturbado por las acciones simuladas de venta de fincas, declarando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa de los inmuebles enajenados por los procesados, así como la cancelación de las respectivas inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo las fincas vendidas a la situación jurídica en que se encontraban en la fecha de los respectivos contratos, y reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, sin perjuicio de que los acreedores puedan ejercitar las acciones correspondientes para la efectividad de su crédito”*³⁴.

Además, debemos mencionar, en este sentido, la STS de 15 de junio de 2005, la cual establece que *“en el supuesto que examinamos, la transmisión del inmueble se realizó en fraude del acreedor y mediante actos viciados en cuanto, como señala la propia sentencia de instancia, se estableció un precio ficticio y no consta que ni siquiera se hubiera entregado, ni se produjo la transmisión real de la vivienda, y el Tribunal sentenciador expone que ello supone un negocio con causa ilícita que es nulo de pleno derecho y que no produce efecto alguno y la responsabilidad civil, acorde con la doctrina que se ha dejado antes expresada, entraña la restauración del orden jurídico y económico alterado por la conducta delictiva de los acusados y consecuentemente la nulidad de la venta realizada por los dos cónyuges condenados a*

³³ ROJO, A., BELTRÁN E., *“La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 384.

³⁴ STS de 26 de octubre de 2006 (1026/2006)

la madre de la esposa, sin que pueda alegarse indefensión por parte de la compradora que ha sido parte en la causa y que ha podido ejercitar sus acciones, oponiéndose a esa declaración de responsabilidad civil, sin que sea óbice para esa declaración el que la compradora no haya sido condenada penalmente, y sin olvidar que la declaración de nulidad no empece a los derechos de crédito que pudiera ostentar contra su hija y yerno, limitándose la responsabilidad civil a un pronunciamiento de nulidad de la venta e inscripción en el registro, anulando los actos jurídicos patrimoniales que los acusados provocaron con su conducta delictiva y reintegrando así al patrimonio del deudor los bienes ilícitamente extraídos del mismo mediante tales actos viciados, ya que la declaración penal de la existencia del delito y del propósito defraudatorio nos sitúan ante un acto revestido de apariencia válida pero viciado por aplicación de las normas generales de la validez de los contratos”³⁵.

En primer lugar, dada esta sentencia, establecemos la nulidad de la compraventa, por encontrarse ésta viciada en cuanto a la aplicación del CC se refiere, ya que no se ajusta a lo estipulado por éste en su artículo 1661.3, ya que existe falta de causa, dándose la simulación del acto jurídico.

Además, establece el CC en su artículo 1275 la ineficacia en la producción de efectos en aquellos contratos cuya causa no exista, o ésta, aun existiendo, sea ilícita.

3. Autoría

En virtud del artículo 28 CP, se considera autor de un delito a quien realiza el hecho, además de aquellos que inducen a su ejecución, y aquellos que cooperan con algún acto necesario para la misma.

En el presente supuesto, consideramos relevante referirnos a Ana, ya que es quien propone al resto de socios la realización del hecho delictivo, y teniendo en cuenta siempre los requisitos establecidos por la jurisprudencia, plasmados en sentencias como la del TS de 2 de diciembre de 2008: *“los requisitos establecidos para la inducción los viene señalando la doctrina de esta Sala, reduciéndolos a los siguientes:*

- 1. La influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción.*
- 2. La incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado.*
- 3. Que se determine a un ejecutor concreto y a la comisión de un delito concreto.*
- 4. Que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado.*
- 5. Que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute”³⁶.*

³⁵ STS de 15 de junio de 2005 (801/2005)

³⁶ STS de 2 de diciembre de 2008 (813/2008)

Por ello, hemos optado por considerar a Ana como inductora del delito de alzamiento, y a los tres socios restantes como cooperadores necesarios, ya que su beneplácito y firma en los documentos relativos al negocio simulado eran imprescindibles para la realización del mismo.

Por otra parte, debemos tener en cuenta lo establecido en el CP en su artículo 31.1, ya que atañe directamente a la responsabilidad de Héctor, el cual, por ser administrador de derecho de una persona jurídica debe responder personalmente, aunque no concurren las circunstancias del tipo delictivo, si éstas sí concurren en la persona jurídica que representa.

4. Relación con el concurso culpable

El motivo por el cual nos referimos a esta relación, radica en la respuesta a la cuestión 7, en la cual, por los motivos que en ella se expondrán, una de las causas de que el concurso se califique como culpable, radica en el fundamento 164.2.4º de la LC, el cual establece que así se hará *“cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”*.

Así, la STS dictada el 25 de octubre del 2002, establece que *“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”*³⁷.

Por ello, nos reiteramos en lo anteriormente expuesto; debe establecerse la nulidad del acto jurídico llevado a cabo con ánimo de ocultar patrimonio frente a los acreedores, procediendo a la reintegración de la nave objeto del alzamiento en el activo de la sociedad para que pueda hacerse frente con ella a los créditos existentes.

En sentido contrario, debemos referirnos a esta relación partiendo de la base de que, en caso de que se declare el concurso por haber existido alzamiento, no se verá vinculada la jurisdicción penal a la hora de determinar las posibles responsabilidades que el deudor pueda tener por sus actuaciones.

5. Conclusiones

Finalmente, consideramos que, dado todo lo expuesto, procede declarar la nulidad de las escrituras públicas de compraventa de los inmuebles enajenados; por ello, se debe reestablecer la situación anterior a la comisión del delito, reincorporando la nave al patrimonio de “Nítrox”, para que llegado el momento se pueda responder con ella a las deudas existentes con los acreedores como “Aventa”.

³⁷ STS de 25 de octubre de 2002 (1757/2002)

En cuanto a la responsabilidad penal y las penas que de ella derivan, debemos tener en consideración que éstas son las mismas tanto para el autor, el inductor o el cooperador necesario.

Además, debemos aclarar que la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es excluyente ni dependiente en ningún caso de la eventual responsabilidad de las personas físicas que subyacen a la comisión del delito, estableciendo, eso sí, el apartado segundo del artículo 31bis, que en caso de concurrencia de penas de multa, los jueces deberán ponderar sus cuantías para evitar imponer sanciones desproporcionadas.

A la hora de establecer la pena correspondiente, debemos tener en cuenta la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado la cual sostiene que "en aquellos otros casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos -piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societarias-, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan sólo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio non bis in idem".

Consideramos, por lo tanto, de aplicación a cada uno de los cuatro socios la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Además, debemos considerar que al tratarse de una nave, y al ser el elemento más valioso del patrimonio de la sociedad, es probable que el valor de lo defraudado supere los 50.000 euros, hecho por el cual, en virtud del apartado cuarto del 257 CP, en relación con el 250.5 del mismo código, se deberá imponer la pena en su mitad superior.

En caso de considerar responsable únicamente a la sociedad "Nitrox S.A", se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, en relación con el artículo 261bis.

7. Cuál considera usted que es la calificación del concurso de acreedores. En caso de ser un concurso culpable quiénes considera usted que tendrían la condición de personas afectadas por la calificación.

1. Introducción

Debemos a continuación referirnos a la situación económica de la empresa, por la que el día 5 de mayo, Don Héctor solicita la declaración del concurso de acreedores.

Atenderemos, pues, a exponer la regulación existente en materia concursal en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello, es necesario tener en cuenta la finalidad que esta regulación ostenta; debiendo observar, en primer lugar, que *“en el Derecho español vigente, la función primaria del concurso de acreedores, es la denominada función solutoria: el concurso tiene como finalidad satisfacer a los acreedores del deudor insolvente del modo más eficiente posible. (...) Esa satisfacción tiene carácter procesal –en el sentido de que se intenta conseguir a través de un procedimiento judicial- y tiene, además, carácter colectivo, por cuanto que frente a la acción individual –y egoísta- de los singulares acreedores, el concurso trata de armonizar los intereses contrapuestos de los titulares de crédito”*³⁸.

Por tanto, establecemos así que el fundamento de base para regular estos supuestos de insolvencia en las empresas, radica en la protección de los diferentes derechos de crédito de los acreedores.

La regulación en este ámbito legal se sustenta principalmente en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; la cual ha sido objeto de numerosas modificaciones, siendo la última la realizada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

Tal y como establece la norma básica de esta materia, en el apartado II de su Exposición de Motivos, la ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema³⁹.

A mayores, es necesario destacar las reformas producidas por los siguientes textos legales:

-Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal.

-Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal. Esta regulación estableció la posibilidad de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación.

-Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; cuya novedad más relevante radica en la inclusión de la posibilidad de realizar acuerdos extrajudiciales de pagos.

-Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

³⁸ MENÉNDEZ A., ROJO, A., El derecho concursal en Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II, Aranzadi, Pamplona, 2014, cit.,p. 498

³⁹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Exposición de motivos, apartado II.

2. Declaración de concurso culpable

Sin más dilación, nos centraremos ahora en la declaración de concurso, así como su calificación y posibles responsabilidades por parte de los socios.

Para proceder a esta exposición, debemos, primeramente, atender al concepto del concurso de acreedores.

Éste gira en torno al presupuesto de insolvencia del deudor común⁴⁰, definiéndose como el estado en que se encuentra el deudor cuando no pueda cumplir con sus obligaciones ya exigibles de forma regular⁴¹.

Nos encontramos, en este supuesto, ante un inicio del procedimiento mediante el denominado concurso voluntario, prevista en el artículo 2.3 de la Ley. Esto se debe a que el concurso es instado por el propio deudor, en este caso Don Héctor, uno de los socios de “Nitrox S.A”. En estos casos, el deudor tiene la ventaja atribuida por el artículo 40 LC, el cual puede administrar y disponer el patrimonio, siempre que cuente con la conformidad de la administración concursal; así lo plasma VELASCO en *European insolvency regulations*⁴². No obstante, en este caso, esta facultad se ve suprimida, ya que esto es un efecto de la calificación del concurso como culpable, hecho que concluiremos a continuación.

En estos casos, el presupuesto objetivo, la insolvencia, puede ser actual, es decir, una situación ya existente; o inminente, consistente en la previsión por parte del deudor de llegar próximamente a la situación de insolvencia.

La insolvencia actual, basada en un hecho cierto, es la planteada en este supuesto. Por tanto, el deudor se encuentra obligado a solicitar dicha declaración de concurso en un plazo de 2 meses desde que se conoce, o debiera conocer, la situación de insolvencia⁴³.

Dentro del precepto 2º de esta ley, en su apartado 4, se establecen las causas por las que se presume que el deudor conocía el estado de insolvencia; encontrando encuadrables en el supuesto de hecho los siguientes párrafos:

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

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

Ello se debe, en cuanto al primer punto, a la situación de “Nitrox”, que ya desde el 2014 advertía la imposibilidad de hacer frente a sus gastos; y en el segundo caso a la compraventa ficticia de la nave por parte de SOLYPLAYA, para apartar este activo de la masa de la sociedad.

⁴⁰ Artículo 2.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁴¹ Artículo 2.2 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁴² “*In the case of voluntary insolvency proceedings, the debtor retains the powers to administer and dispose of his assets, the exercise of such powers being subject to the supervision of the insolvency administrators, through their authorisation or approval*”. BELTRÁN E., SEBASTIÁN R., *European insolvency regulations*, cit., p.453

⁴³ Artículo 5.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La Ley, en su artículo 172.1 se refiere a la calificación del concurso como culpable; limitándose la regulación existente a establecer aquellos casos en los que un concurso deberá calificarse como tal.

Para ello, se ha optado por el establecimiento de dos vías empleables para calificar las diferentes conductas, reguladas en los artículos 164.2 y 165 de la ley:

Por una parte, se establece esta calificación para aquellos casos en los que el deudor incurra en dolo o culpa grave en el proceso de creación o agravación de la insolvencia.

Se prevé, *iuris tantum*, la concurrencia de dolo o culpa grave, en los siguientes supuestos:

-El primer supuesto se regula en el artículo 165.1º, 2º y 3º; y contempla el incumplimiento de los deberes legalmente establecidos para el deudor, entre ellos el de solicitar la declaración del concurso en el plazo previsto, colaborar con el juez del concurso o proporcionar la información que revista importante significado para el concurso.

-El segundo supuesto se regula en el artículo 165.2, en el cual se entiende que hay culpa grave o dolo si debido a la negativa de socios o administradores sin una causa razonable para proceder a la capitalización de los créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles, se hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos.

Por otra parte, la ley establece en su artículo 164.2 una lista determinada de aquellos hechos que en cualquier caso determinarán la calificación de un concurso como culpable, del cual nos interesan los tres últimos:

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

5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”.

Es necesario por tanto, en aquellos supuestos en los que se establece una presunción *iuris tantum*, probar el nexo de causalidad entre el dolo o culpa grave y la situación de insolvencia. No ocurre así en los casos de concurrencia de alguno de los hechos establecidos por el artículo 164.2, puesto que éstos se presumen *iuris et de iure*, por lo que su calificación como concurso culpable, es ajena a la efectiva producción del resultado.

Dados los hechos expuestos, podemos enmarcar este caso como el de un concurso culpable en base a los siguientes preceptos:

-Entendemos de ineludible aplicación al caso concreto, los artículos 164.4º y 5º, fundamentándonos en ambos casos en la compraventa de la nave, puesto que, para enmarcarlo en el párrafo 4º, existe un alzamiento por parte del deudor con el fin de impedir cualquier embargo, en perjuicio de sus acreedores, y en el caso del párrafo 5º, porque en el 2014 (dentro de los dos años anteriores a la solicitud del concurso), se produjo dicha compraventa, dándose por tanto una salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor.

-Menor seguridad nos produce la aplicación del precepto 165.1.1º de la ley, aunque entendemos posible su aplicación, ya que éste se refiere al incumplimiento del deudor de su obligación de solicitar el concurso en el momento en el que conoce la situación de insolvencia, dentro del plazo de 2 meses. Esta duda en cuanto a la inclusión de este supuesto dentro de los hechos acaecidos, radica en la falta de datos que se nos aportan al respecto, pero dimana de lo relatado en referencia a mayo del 2014, cuando se expone el relato acerca de la compraventa de la nave, puesto que se expresa que los socios no encontraban el modo de hacer frente a sus gastos.

Es necesario por tanto en aquellos supuestos en los que se establece una presunción iuris tantum, probar el nexo de causalidad entre el dolo o culpa grave y la situación de insolvencia. No ocurre así en los casos de concurrencia de alguno de los hechos establecidos por el artículo 164.2, puesto que éstos se presumen iuris et de iure, por lo que su calificación como concurso culpable, es ajena a la efectiva producción del resultado.

En cuanto a este aspecto, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 5 de febrero del año 2008, en los siguientes términos: *“habida cuenta de la expresada regulación de las causas de calificación del concurso como culpable, en los casos en que la calificación se haya realizado en base a la cláusula general del art. 164.1o a las presunciones iuris tantum del art. 165 de la Ley Concursal, la exigencia legal de que en tales casos se aprecie la existencia de una relación de causalidad entre la conducta genérica dolosa o gravemente culpable del deudor o de su representante, art. 164.1, o entre las conductas previstas en los distintos apartados del art. 165 de la Ley Concursal, y la generación o agravamiento de la insolvencia, supone que la propia calificación del concurso como culpable contiene la determinación de la relación de causalidad entre tal conducta y el déficit patrimonial del concurso. Y en los casos en los que el concurso se califique como culpable por concurrir alguno de los supuestos del art. 164.2 de la Ley Concursal, la previsión de que el concurso ha de calificarse "en todo caso" como culpable lleva implícito el enlace causal ex lege entre la conducta del deudor o su representante y la insolvencia”*⁴⁴.

En el supuesto regulado en el artículo 165.1.1º, encontramos el apoyo en la jurisprudencia del TS, puesto que éste abala el nexo causal en sentencias como la de 12 de enero de 2015, en la que se afirma que *“consideró el juzgado que concurría el nexo causal entre el retraso en solicitar la declaración de concurso y la agravación de la insolvencia, dado el deterioro patrimonial de la empresa durante ese periodo.*^{45”}

En palabras extraídas del artículo publicado por GIMÉNEZ-SALINAS: *“si la administración concursal no ha acreditado la relación de causalidad entre la conducta*

⁴⁴ SAP Madrid de 5 de febrero de 2008 (834/2008)

⁴⁵ STS de 12 de enero de 2015 (772/2014)

y el daño concreto, no se podrá condenar a los administradores”⁴⁶. Pero consideramos de fácil acreditación dicho nexo causal en situaciones como la dificultad de hacer frente a los pagos o la comisión de un delito de alzamiento de bienes.

En base a todo lo expuesto, nos parece procedente la calificación del concurso como culpable, puesto que incurren en varias de las causas por las cuales éste puede calificarse como tal.

En todos los presupuestos considerados de aplicación, tendríamos a los cuatro socios como responsables de las acciones llevadas a cabo, tanto a la hora de alzar la nave, como a la de no solicitar, en caso de aceptarse este presupuesto, la declaración de concurso en mayo de 2014.

En base a la opinión del magistrado del Juzgado de lo Mercantil N°1 de Bilbao, BERMÚDEZ ÁVILA⁴⁷, en relación a la STS dictada el 1 de abril de 2014⁴⁸; *“probado por la Administración concursal el incumplimiento del deber de solicitar en plazo el concurso (o la falta de colaboración, o la falta de formulación de cuentas o de su depósito o su auditoría, hechos presuntos), se entienden probadas (efecto propio de la presunción legal) tanto la conducta dolosa o gravemente negligente de los responsables como la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia (elementos presumidos), debiendo responder de la totalidad del déficit patrimonial, “salvo prueba en contrario” (a cargo de los demandados, quienes soportan la presunción legal) que demuestre que su conducta no fue ni consciente ni gravemente negligente o que en realidad no generó todo el déficit patrimonial resultante”*.

Consideramos por tanto que en la sentencia que dicte el juez declarando el concurso culpable, deberá éste incluir la causa en la cual se basa⁴⁹; así como los sujetos afectados.

Nos compete en este momento detenernos en esta cuestión. En virtud del artículo 172.2.1º, se deberá incluir en la sentencia la determinación de las personas afectadas; entendiéndolas a éstas como Don Héctor, puesto que se recoge, para el caso de las personas jurídicas, que *“podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores”*, y por tanto considerable éste en calidad de administrador único. Además, se deberá recoger en la sentencia también a las tres restantes socias, en calidad de cómplices.

Ésta consideración de cómplices se basa en la comisión por parte de todos los miembros de la sociedad del delito de alzamiento. Encontramos como fundamento a

⁴⁶ LUIS JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, “Comentario a la reforma del art. 172 bis LC”, Barcelona, 2014., p. 5.

⁴⁷ BERMÚDEZ ÁVILA M., *“La calificación del concurso. La reforma del año 2014. Última jurisprudencia”*.

⁴⁸ En relación al artículo 165.1º, aclara el ponente Rafael Sarazá que el precepto *“contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción “iuris tantum” en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia”*.

⁴⁹ Artículo 172.1, sobre la sentencia de calificación, del artículo Ley 22/2003

esta afirmación la SAP de Pontevedra, de 14 de abril de 2011, la cual estableció que *“la administración calificó tal hecho como de salida fraudulenta de bienes, subsumible en la norma del art. 164.2.5º LC. La pretensión se dirigía frente a los dos administradores solidarios y frente al Sr. Abelardo, socio de las dos sociedades, en la cualidad de cómplice”*⁵⁰.

Por tanto, deberá procederse a la inhabilitación para la administración de bienes ajenos y la representación de cualquier persona, durante un período de 2 a 15 años de los sujetos mencionados⁵¹.

Así mismo, perderán los derechos que pudieran tener como acreedores concursales o de la masa, y se les impondrá la obligación de devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente, además del deber de indemnizar los daños y perjuicios que hubieran podido provocar⁵²

Por último, se les impondrá la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Al margen de la calificación del concurso como culpable, consideramos relevante la posibilidad de que exista responsabilidad penal por el mismo, por lo que debemos referirnos al artículo 260 CP, el cual establece que *“el que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”*.

Tal y como ya se ha establecido a lo largo de la exposición de esta cuestión, es indudable que las personas integrantes de la sociedad agravaron la situación de insolvencia de la misma.

Así, la abogada del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez, FOUREY GONZÁLEZ, establece que *“las acciones típicas, causar o agravar, deben venir referidas a la situación de insolvencia del deudor sujeto activo. No debe perderse de vista para la definición de los actos típicos la única modalidad subjetiva actualmente prevista por el legislador penal: el dolo («dolosamente»). Así, la causación dolosa, voluntaria, de la situación de crisis o insolvencia puede identificarse con el concurso planeado o buscado a través de actos directamente encaminados a provocar tal resultado. La agravación típica, en cambio, vendría referida a una actuación voluntariamente contraria a la preservación de la empresa, que disminuya su activo o incremente su pasivo cuando el deudor ya se encuentra en una situación de crisis económica.”*⁵³

⁵⁰ SAP Pontevedra (s. 1ª) de 14 de abril de 2011

⁵¹ Artículo 172.2.2º de la Ley 22/2003

⁵² Artículo 172.2.3º de la Ley 22/2003

⁵³ FOUREY GONZÁLEZ M, *El concurso punible: Regulación actual e implicaciones del proyecto de reforma del Código Penal*. Actualidad jurídica URÍA MENÉNDEZ, 2014, cit., p. 134. Disponible en:

Además, debemos tener en cuenta lo expuesto en la Revista Penal de la Universidad de Salamanca por CABALLERO BRUN, en cuanto al requisito de que el autor de este delito sea el administrador o representante de la misma: *“si se observa con detención el art. 31 CP se convendrá en que establece como exigencia nuclear la circunstancia que aquella persona que ejecuta el comportamiento típico siempre ha de actuar en nombre o representación de la persona física concursada, o bien como administrador (ya sea de hecho o de derecho) de la persona jurídica concursada. Precisamente dicha particular vinculación jurídica o fáctica del ejecutor material con la concursada es la que le permite a esta norma transmitir mediante una ficción las cualidades de autor a quien no las posee. Por lo tanto el art. 31 CP deja de ser eficaz para una transferencia como la descrita cuando el que materialmente causa o agrava la insolvencia no puede considerarse representante o administrador de la persona jurídica concursada incapaz de responsabilidad penal.”*⁵⁴

Por ello, cabría la posibilidad de imponer la pena prevista, dado lo expuesto, únicamente a Héctor por ser único administrador de la persona jurídica concursada.

8. Tras la declaración del concurso de acreedores, 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. Dictamine si se produce alguna vulneración en el marco de la Ley Concursal en la actuación de la administración concursal.

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4271/documento/e10.pdf?id=5463>

Última consulta: enero 2016

⁵⁴ CABALLERO BRUN F., *Algunos problemas de autoría y participación en las denominadas insolvencias punibles*. Revista penal nº21, Universidad de Salamanca

Antes de entrar a valorar la corrección tanto en el pago del crédito como la actuación de la administración concursal, debemos referirnos al modo en el que se clasifican los diferentes tipos créditos en la LC, ya que según su naturaleza, ostentan diferente prelación a la hora de su resarcimiento.

Nos encontramos en este punto en la necesidad de establecer la preferencia de pago de un crédito contra la masa sobre el pago de un crédito a favor de los trabajadores de la sociedad. La primera gran distinción es la realizada en el artículo 84 de la LC, en el cual se establece que existen créditos contra la masa y créditos concursales. Para ello, procede en primer lugar aclarar la diferencia entre estas dos grandes modalidades de créditos.

1. Créditos contra la masa

En el caso de los créditos contra la masa, debemos mencionar que éstos tienen un tratamiento diferente a los créditos concursales, puesto que los primeros se generan con posterioridad a la declaración del concurso, mientras que los segundos son los existentes hasta la fecha de declaración de la misma.

Como ya hemos mencionado, los créditos contra la masa nacen una vez declarado el concurso. Se denominan, por tanto, créditos extraconcursales, y son ajenos a la formación de la masa pasiva.

Del artículo 154 LC se deriva la consideración de estos créditos como prededucibles con cargo a la masa activa, antes de procederse al pago de los créditos concursales.

Sus características se encuentran explicadas de forma muy concisa pero completa, en la siguiente enumeración, realizada por HERNÁNDEZ ORTEGA:

“i) En el orden de pago deben ser considerados como previos al del resto de los acreedores, y sin sujeción, por tanto, al orden de privilegios de los mismos (154 LC).

ii) Quedan al margen de la solución concursal, por lo que ni se verán afectados por el posible convenio, ni tampoco se sujetan al orden de pago en caso de liquidación.

iii) En general, deben ser satisfechos conforme vayan siendo exigibles, esto es, en atención al dato cronológico de su vencimiento, si bien es cierto que ese orden cronológico puede verse alterado en determinadas circunstancias.⁵⁵”

Este privilegio a la hora de proceder a su satisfacción será matizado más adelante en la exposición sobre los créditos con privilegio especial y el principio “*par conditio creditorum*”.

⁵⁵ ORTEGA HERNÁNDEZ, A. “*Calificación de créditos. Lista provisional y definitiva de acreedores*”. Escuela de Práctica Jurídica Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. 2013. Disponible en: http://www.unizar.es/departamentos/derecho_empresa/postgrados/documents/28y295.pdf, última consulta: diciembre 2015.

Se establece en el artículo 84.2 una lista abierta, "*numerus apertus*", sobre qué créditos se considerarán calificados como créditos contra la masa.

Además, debemos mencionar el hecho de que el legislador ha optado por aumentar los supuestos en determinados casos en los que no se cumple la característica principal de temporalidad de los créditos contra la masa. Así, tendrán esta consideración algunos créditos nacidos con anterioridad a la declaración del concurso, establecidos en los artículos 68 a 70, 73.3 y 84.2.1º, 7º y 8º LC.

Por citar uno de ellos, hemos preferido referirnos al establecido en el artículo 84.2.1º, por referirse a un aspecto que puede tener relación con el supuesto de hecho, ya que contiene temas salariales, "*los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional*".

Finalmente, debemos referirnos a otra diferencia sustancial, basada en la continuidad o no del devengo de intereses, lo cual se suspende en el caso de los créditos concursales, no así en el caso de los créditos contra la masa, cuyos intereses forman parte de los mismos; encontrando base para afirmar esto en sentencias como la del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de 18 de enero de 2008⁵⁶.

2. Créditos concursales

A su vez, los créditos concursales se encuentran regulados en los artículos 89 a 92 LC, siendo aquellos que conforman la denominada "masa pasiva".

Como ya se ha afirmado, estos créditos son aquellos que se generaron con anterioridad a la declaración del concurso, siendo por tanto la causa del mismo; puesto que es su impago lo que conduce a la situación de insolvencia de la sociedad.

Se dividen, en base al precepto anteriormente citado, en créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, créditos ordinarios y, por último, créditos subordinados.

La principal distinción que procede realizar es la establecida por este precepto en su punto 2º, puesto que establece la diferencia entre los dos tipos de créditos privilegiados en base a su afectación con respecto a la masa activa. Así, los que ostentan privilegio especial son aquellos que afectan a bienes y derechos concretos, mientras que los de privilegio general, afectan al patrimonio del deudor en su totalidad.

Conviene puntualizar en este aspecto la relevancia de los créditos con privilegio especial, puesto que se sitúan en la cúspide jerárquica de preferencia a la hora del cobro, en base al artículo 155.1 LC, el pago de estos créditos es preferente en cualquier caso sobre el resto de créditos, incluso sobre los créditos contra la masa (154.2 LC)⁵⁷.

Los créditos ordinarios, en virtud del artículo 89.3 LC, son aquellos que no se encuentran previstos legalmente como privilegiados ni como subordinados.

⁵⁶ SJM de Alicante de 18 de enero de 2008 (AC 1\2008)

⁵⁷ MENÉNDEZ, A., ROJO, A., *El derecho concursal en Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*,, Aranzadi, Pamplona, 2014, cit., p.581

Por otra parte, los subordinados se encuentran regulados en el artículo 92 LC, siendo aquellos que se comunicaron tardíamente, pero que aun así se encuentran dentro de la lista de acreedores, aquellos cuya subordinación fue pactada contractualmente, los créditos por recargos e intereses, salvo los correspondientes a garantías reales, o los créditos por sanciones pecuniarias, entre otros.

3. Principio “par conditio creditorum”. Consecuencias y conclusiones.

Existe un principio jurídico denominado “par conditio creditorum”, en base al cual se supone que todos los acreedores se encuentran a un mismo nivel a la hora de establecer un orden de prelación en sus respectivos derechos de crédito.

En éste sentido se han pronunciado BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, estableciendo que este principio *“ha de relativizarse, ya que es aplicable sólo a algunos acreedores, y por ello ha de aceptarse con reservas”*⁵⁸.

Esta percepción se hace patente dadas las excepciones enmarcadas en la regulación de la LC, en sus artículos 89 a 91 y 155 y 156 LC.

En ellos, se establece que ciertos créditos, dada su naturaleza, tienen preferencia a la hora de ser satisfechos, frente al resto de créditos.

Por ejemplo, pese a que los créditos contra la masa deben deducirse antes del pago de los créditos concursales, como ya hemos mencionado, esta disposición no tiene carácter absoluto, ya que en el propio artículo 154 LC se establece que no están afectados por esta norma los créditos con privilegio especial.

Así, afirma 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”*⁵⁹.

Tras esta necesaria aclaración sobre la escala de preferencia a la hora de satisfacer los créditos, procede concluir el ajuste a la legalidad vigente en el pago efectuado, en el cual prevaleció el crédito contra la masa frente al crédito a favor de los trabajadores.

Dada la exposición de hechos, resulta complejo ajustar el término empleado, “crédito a favor de los trabajadores”, a alguno de los supuestos regulados en la LC, debido a la falta de información sobre la naturaleza de esos créditos.

⁵⁸ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., Manual de Derecho mercantil, Volumen II, Madrid, Tecnos, 2012, p.594.

⁵⁹ GARCÍA ESCOBAR G. A. *El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum*. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Universidad de Granada. Disponible en: http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-03/articulos_el-tratamiento-de-los-creditos.pdf. Última consulta: diciembre 2015.

Interesa aclarar, con respecto a este punto, que parece lógico pensar que este crédito se refiere a salarios impagados dada la situación económica de “Nitrox”, supuesto que analizaremos más adelante; pero no por ello debemos descartar las demás posibilidades.

Así, parece complicado entender éste como un crédito contra la masa, dentro del artículo 84.2.1º, “*los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional*”.

Esta percepción del crédito como no perteneciente a la masa concursal, se deriva de la propia cuestión, puesto que ésta contrapone el crédito de los trabajadores con respecto al primero.

De todas formas, si consideráramos encontrarnos frente a este caso, deberíamos tener en cuenta el artículo 84.3, en el cual se establece una excepción en la obligación al pago de los créditos contra la masa según su fecha de vencimiento, ya que la administración concursal podrá no aplicar este criterio temporal cuando se cumplan ciertos requisitos. Éstos son: que la alteración de este orden se deba a una cuestión de conveniencia para la situación concursal, y además debe considerarse que la masa activa es suficiente para satisfacer los créditos que contra ella se ostenten.

Sin embargo, este precepto entraña una excepción a la propia excepción para ciertos casos, entre los que se encuentran los créditos frente a los trabajadores⁶⁰, los cuales no están sujetos a esa posibilidad de posponer su pago por motivos de conveniencia. Por tanto, en este caso, los pagos no se habrían satisfecho conforme a las reglas jurídicas establecidas.

En segundo lugar, debemos referirnos al supuesto de que este crédito recaiga sobre un objeto producido por el trabajador, siempre que éste se encuentre en propiedad o posesión del empresario; es el llamado crédito laboral refaccionario, previsto en el artículo 90.3 LC.

En este caso, nos encontraríamos ante un supuesto de crédito con privilegio especial, y por tanto ante una irregularidad en el procedimiento de pago de los créditos, puesto que éste tendría prioridad sobre los créditos contra la masa, basándonos en lo anteriormente expuesto, con fundamento principal en el artículo 154.2 LC.

Según JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA, “*estos créditos podrán liquidarse con cargo a los bienes y derechos a los que están afectos y si sobre un mismo bien se encuentra afecto algún crédito más con privilegio especial, los pagos se realizarán en función de prioridad temporal –por orden de constitución– (art. 155.3 LCo). No obstante, también existe la posibilidad de poder satisfacer este tipo de*

⁶⁰ Artículo 83.4. LC “*in fine*”.

créditos con cargo a la masa, debido a la especial finalidad social y alimenticia que satisfacen”⁶¹.

En caso de que la existencia del crédito derive de la falta de pago de los salarios, siempre y cuando ésta sea previa a la declaración de concurso, estaremos ante un crédito con privilegio general. Éstos se encuentran reulados en el artículo 91.1 LC, que establece que son créditos con privilegio general aquellos que, no gocen de privilegio especial, siendo la cantidad el triple del salario mínimo interprofesional multiplicado por el número de días impagados, así como indemnizaciones derivadas de extinciones de contratos, accidentes o enfermedad, entre otros.

En este supuesto, la actuación de la administración concursal habría sido 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”*.

Tampoco existe duda en el caso de que se tratara de un crédito ordinario o subordinado, ya que éstos son los que se ven satisfechos en último término.

4. Actuación de la administración concursal

La administración concursal es un órgano específico de este procedimiento, el cual constituye la figura central del mismo. Su momento de configuración se prevé en la formación de la sección segunda del concurso, y será por orden del juez.

Como su propia denominación indica, es la encargada de administrar el concurso para alcanzar los objetivos finales. Dado este papel, *“los administradores concursales, con su actuación, pueden atentar contra los intereses particulares de los acreedores a lo largo de todo el procedimiento concursal (...), puede causar daños a los intereses particulares de los acreedores clasificando un crédito en un grupo inferior en el orden de prelación al que le corresponda”*⁶².

Su figura se encuentra regulada en el Título II LC, artículo 26 y siguientes, refiriéndose a la responsabilidad de la administración concursal el artículo 35.1, en el cual se impone la obligación de que tanto ésta como los auxiliares delegados deben desempeñar su cargo *“con la diligencia de un ordenado administrador y un representante leal”*.

El concepto y ámbito de la diligencia no es sencillo de determinar, existiendo diversas interpretaciones, entre las cuales coincidimos con la expuesta por PLAZA: *“de todos modos se trata de un tema complejo, ya que en el fondo se presenta como una especie de responsabilidad orgánica con normas y criterios propios, que deben de prevalecer sobre los sistemas de la responsabilidad contractual y extracontractual o*

⁶¹ LÓPEZ AHUMADA, J. E., *“La protección del salario en las empresas insolventes: los privilegios del crédito salarial”*. Universidad de Zaragoza. 2010.p, 197. Disponible en: http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/7973/proteccion_lopez_AFDUA_2010.pdf?sequence=1 Última consulta: diciembre 2015.

⁶² ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio de la responsabilidad civil de los administradores concursales*”, Universidad de Sevilla. Cit., p.147.

sobre la llamada responsabilidad de medios o de simple actividad y la responsabilidad de obra o resultado, sistemas de los que el precepto no se puede sustraer, especialmente en lo que se refiere a la delimitación de expresiones como la de la “diligencia debida”, donde los autores del Comentario sugieren una integración con el criterio de diligencia del buen padre de familia (art. 1104.2 CC), si bien mi opinión está más en la línea de aquellos que creen que la diligencia exigible es la de un experto o perito en la materia (la de un buen administrador) y no la del ciudadano medio, sin perjuicio de que la responsabilidad, que no la diligencia exigible, pueda quedar modulada en los supuestos de responsabilidad de medios o mera actividad o en aquellas de resultados inciertos. Eso sí, coincido con los autores en que, con carácter general, la responsabilidad derivada de actos y omisiones contrarias a la Ley o realizados sin la diligencia debida, no se puede catalogar por esa sola circunstancia de objetiva o sin culpa, ni tan siquiera de objetivada o casi objetiva”⁶³.

Existen ciertos requisitos a la hora de determinar la responsabilidad de los administradores concursales, ya mencionados algunos en el párrafo anterior, siendo uno de ellos la existencia de culpa: *“uno de los elementos que integran o desencadenan la responsabilidad de los administradores concursales es la culpa; dicho de otro modo, el incumplimiento como presupuesto de la obligación de resarcir ha de contar además con la característica de culpabilidad, representando ésta un presupuesto necesario tanto respecto de los actos ilegales como de los negligentes”⁶⁴.*

Además, es necesaria la existencia de un daño, el cual debe derivarse del incumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo, y de un nexo causal entre éste y la conducta de los administradores.

En caso de que sea necesario hacer frente a esa responsabilidad, dadas todas las posibilidades que se han expuesto, se hará de forma solidaria, siguiéndose por el procedimiento del juicio declarativo, en el cual la competencia será del juez encargado de conocer del concurso.

Esta solidaridad no regirá en aquellos casos en los que se pueda probar que emplearon toda la diligencia necesaria para que no se produjera el daño del que deriva esa responsabilidad.

La SAP de Valencia de 28 de noviembre de 2011 desestima un recurso interpuesto por el FOGASA, el cual se basaba en la alteración del orden de pago de los créditos contra la masa, especialmente aquellos en los que, por su naturaleza laboral, se encontraba el FOGASA subrogado. En ella, la AP entiende que los pagos realizados no son indebidos, estando justificados en el mejor interés para el concurso, ya que es necesario para conservar el valor de la masa activa.

Además, se refiere también al deber de rendición de cuentas de la administración concursal, plasmado en el artículo 181, por lo que en base a la opinión expuesta en dicha sentencia, *“de lo anteriormente expuesto se deduce que la función de la rendición de cuentas consiste en la justificación cumplida de la utilización que se haya hecho de*

⁶³ ROJO A., MONTÉS V., BELTRÁN E., *Anuario de Derecho concursal*, Aranzadi, 2006, cit., pp. 565-566.

⁶⁴ ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio de la responsabilidad civil de los administradores concursales*, Universidad de Sevilla. Cit., pp. 85-86.

las facultades de administración, y además, en la exposición del resultado y saldo final de las operaciones”⁶⁵.

También la SAP de Gerona de 27 de julio de 2012 puntualiza la obligación de pago según el vencimiento: *“la doctrina y los tribunales se han venido a pronunciar sobre el carácter o no absoluto del principio de vencimiento en el orden de los pagos de los créditos contra la masa a que se refiere el artículo 154 de la Ley Concursal, de manera que se destaca que tal criterio no debe ser absoluto sino que debe flexibilizarse o atemperarse con otros criterios de racionalidad jurídica y lógica empresarial, valorando todos los intereses concurrentes en el procedimiento y especialmente aspectos tales como la continuidad del negocio, la conservación de la masa activa o la propia viabilidad del concurso como procedimiento, debiendo, a su vez, establecer distinciones en función de la suficiencia o insuficiencia de bienes”*.

Por último, queremos concluir refiriéndonos nuevamente a la responsabilidad establecida en el artículo 36, el cual nos muestra dos tipos diferentes de ella, a saber, el plasmado en su apartado primero, referente a la responsabilidad frente al deudor o acreedores por daños causados a la masa; y en su apartado sexto, aquella que emana de actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de los mencionados sujetos; siendo ésta última la que nos interesa; desarrollando el precepto solo el contenido y procedimiento de la primera.

La legitimación activa corresponderá al titular del derecho de crédito que se ha visto afectado por la actuación de la administración, la cual deberá reparar los daños y perjuicios ocasionados por no haber prestado la debida diligencia.

Este asunto; para cuyo inicio, el interesado debe tener en cuenta el plazo de prescripción de 4 años, bien desde que se tuvo conocimiento del daño, o bien desde que los causantes del daño cesarán en el ejercicio de su cargo; se tramitará, en virtud del artículo 36.3, mediante juicio declarativo, ante el juez encargado de conocer del concurso.

Por ello, y siguiendo el estudio realizado por ROMERO FERNÁNDEZ, podríamos aplicar este plazo de prescripción por analogía, a falta de mayor regulación, pero si los tribunales descartaran dicha aplicación por analogía, *“habría que acudir, a falta de solución en nuestro Código de Comercio, supletoriamente a las disposiciones del Código Civil, y por consiguiente estimar que el plazo de prescripción es de un año en el supuesto de que la responsabilidad de los administradores concursales con el deudor, acreedores y terceros sea de naturaleza extracontractual, o de quince años, en caso contrario.*⁶⁶”

Bibliografía

⁶⁵ SAP de Valencia de 28 noviembre de 2011 (459/2011)

⁶⁶ ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio de la responsabilidad civil de los administradores concursales*”, Universidad de Sevilla. Cit., p.154.

BERMÚDEZ ÁVILA M., *La calificación del concurso. La reforma del año 2014. Última jurisprudencia*".

BELTRÁN E., SEBASTIÁN R., *European insolvency regulations*. Aranzadi, 2010.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil, Volumen II*, Madrid, Tecnos, 2012.

CALABUIG COSTA M. L., *Comentarios al Código Penal. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. Fuente: www.difusionjuridica.com (Última consulta diciembre 2015)

FOUREY GONZÁLEZ M., *El concurso punible: Regulación actual e implicaciones del proyecto de reforma del Código Penal*. Actualidad jurídica URÍA MENÉNDEZ. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4271/documento/e10.pdf?id=5463> (Última consulta: enero 2016)

SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen II. Aranzadi, 2009

GARCÍA ESCOBAR, G. A., *El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum*. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Universidad de Granada. Disponible en: http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-03/articulos_el-tratamiento-de-los-creditos.pdf. (Última consulta: diciembre 2015)

JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, L., *Comentario a la reforma del art. 172 bis LC*, Barcelona, 2014.

LÓPEZ AHUMADA, J. E., *La protección del salario en las empresas insolventes: los privilegios del crédito salarial*. Universidad de Zaragoza. 2010.p, 197. Disponible en: http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/7973/proteccion_lopez_AFDUA_2010.pdf?sequence=1 (Última consulta: diciembre 2015)

MENÉNDEZ, A., ROJO, A., *El derecho concursal en Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

MÉNENDEZ, A.; ROJO, A. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. Civitas 2015.

MENÉNDEZ A., ROJO A., *Revista de Derecho Mercantil*, número 290, octubre-diciembre 2013, Civitas.

ORTEGA HERNÁNDEZ, A. *Calificación de créditos. Lista provisional y definitiva de acreedores*. Escuela de Práctica Jurídica Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. 2013. Disponible en: http://www.unizar.es/departamentos/derecho_empresa/postgrados/documents/28y295.pdf (Última consulta: diciembre 2015)

PRESENCIA CRESPO F., *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración*. Centro de documentación judicial del CGPJ.

ROJO, A., BELTRÁN E. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ROJO A., MONTÉS V., BELTRÁN E., *Anuario de Derecho concursal*, Aranzadi, 2006.

ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio de la responsabilidad civil de los administradores concursales*. Universidad de Sevilla.

RUIZ DE VELASCO A., *Manual de Derecho Mercantil*. 3ª edición. Universidad Pontificia de Madrid. ICADE

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *La información del socio ante la junta general*. Revista Derecho de Sociedades nº8, ISSN 1134-7686.

Apéndice normativo

Ley Orgánica

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal

Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

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-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal.

Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

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

Apéndice jurisprudencial

Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1995

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1995 (10754/1995)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996 (2349/1992)

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 (2089/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002 (4025/2002)

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2002 (1757/2002)

Sentencia del Tribunal Supremo 29 de marzo de 2005 (1903/2005)

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2005 (801/2005)

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 febrero de 2006 (RJ/2006/510)

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2006 (3325/2006)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2006 (1026/2006)

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2007 (2540/2007)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2007 (3875/2007)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007 (5814/2007)

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2010 (279/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2010 (189/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010 (2079/2005)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2010 (530/2010).

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010 (888/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2013 (2089/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013 (530/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (772/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2000 (3386/2000)

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 2008 (663/2008)

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 (2984/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2010 (455/2006)

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio del 2010 (3946/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014 (243/2014)

Sentencias de Audiencias provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008 (834/2008)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (s. 1ª) de 14 de abril de 2011

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 noviembre de 2011 (459/2011)

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 9 de diciembre de 2011 (528/2011)

Sentencia de Juzgado de lo Mercantil

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 18 de enero de 2008 (1\2008)

Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado

Resolución de la DGRN de 24 de abril de 2013