



TRABAJO FIN DE GRADO

CURSO 2015/2016

ASPECTOS CONCURSALES DE UNA EMPRESA
DEDICADA A COMPONENTES ELECTRÓNICOS

AUTORA: María del Pilar Abuin Osorio

TUTOR: Prof. Dr. D. José Manuel Calderón Carrero

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

I.	Antecedentes de hecho del caso planteado	1
II.	Cuestiones formuladas	2

SEGUNDA PARTE

I.	Informe sobre la posible responsabilidad del administrador en el contrato de compraventa	4
	1. La sociedad en formación y la sociedad irregular	4
	2. Eficacia del contrato de compraventa	5
	3. Responsabilidad del administrador	7
II.	Informe sobre las acciones cambiarias y de regreso del tenedor de la letra	9
	1. Elementos personales de la letra de cambio	9
	2. Aceptación e impago de la letra de cambio	9
	3. Las acciones cambiarias	11
	a) La acción directa	11
	b) La acción de regreso	13
III.	Informe sobre la validez de la firma en la aceptación de la letra de cambio	15
	1. La firma como expresión del consentimiento	15
	2. La ausencia de firma	16
IV.	Informe sobre la convocatoria de la Junta General Ordinaria y el derecho de información de los socios	18
	1. Convocatoria de la Junta General Ordinaria	18
	2. La Junta Universal	19
	3. El derecho de información de los socios	20

V.	Informe sobre la validez de la Junta Universal de 25 de noviembre de 2013 y del acuerdo social adoptado	23
1.	Validez del acuerdo social	23
2.	Responsabilidad del administrador	25
3.	Posibles responsabilidades penales del administrador	25
	a) Delito de falsedad societaria	25
	b) Delito de apropiación indebida	27
VI.	Informe sobre la legalidad de la compraventa de la nave y posibles responsabilidades penales	29
1.	Legalidad del contrato de compraventa	29
2.	Reintegración a la masa del concurso	31
3.	Posibles responsabilidades penales de los socios	32
VII.	Informe sobre la calificación del concurso de acreedores	35
1.	Calificaciones del concurso de acreedores	35
2.	Calificación del concurso como culpable	36
3.	Personas afectadas por la calificación	37
VIII.	Informe sobre la actuación de la administración concursal	40
1.	Créditos concursales y créditos contra la masa	40
2.	Crédito laboral superprivilegiado	41
3.	Prelación de créditos contra la masa	42
4.	Actuación de la Administración concursal	43
	Conclusiones finales	45
	Bibliografía	47
	Apéndice jurisprudencial	48
	Anexos	49

I. ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO PLANTEADO

El día 23 de junio de 2012, Héctor, Mercedes, Ana y Sonia acuden al notario con el objetivo de proceder a la constitución de una sociedad anónima destinada a la venta de componentes informáticos bajo la denominación "Nitrox S.A.", aportando cada uno de ellos 25.000€.

El día 30 de junio de ese mismo año y a pesar de que todavía no se había procedido a la inscripción de Nitrox S.A. en el Registro Mercantil, Héctor, haciendo valer la condición de administrador único de la sociedad que le reconoce la escritura de constitución, decide concertar un contrato de compraventa de material informático con "Aventa S.L" pactándose un aplazamiento del precio de 2 meses desde la firma del contrato. Finalmente la inscripción en el Registro Mercantil se realiza el día 30 de septiembre de 2012.

Para este aplazamiento de pago las partes, Héctor y el representante de "Aventa S.L" deciden formalizar una letra de cambio a favor de "Aventa S.L". Para asegurarse del cumplimiento del pago este último se presenta a fecha de 15 de julio de 2012 en el domicilio de Héctor solicitándole la aceptación de la letra, cosa que el administrador hace gustosamente mediante el sello de la sociedad "Nitrox S.A".

El día 5 de febrero de 2014 NITROX S.A. celebró Junta General Ordinaria, la cual había sido convocada el día 20 de enero de 2014 a través de anuncio en la página web corporativa. Dicha página web todavía no ha sido publicada en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil". A la reunión asistieron los cuatro socios. El día 28 de enero la socia Sonia solicitó diversa información contable, bancaria y fiscal, proporcionándole la sociedad alguna de la información solicitada pero denegándole copia de las declaraciones trimestrales y anuales de IVA e IRPF. Héctor hizo constar este hecho en la reunión de la Junta General, limitándose a votar en contra de los acuerdos adoptados en la misma.

En mayo de 2014 los cuatro socios comienzan a preocuparse por la situación de la empresa, la ventas cada día bajan más y no encuentran manera de hacer frente a los

gastos. Ante esta complicada situación las perspectivas de futuro de la empresa no son muy optimistas; por ello, Ana les ofrece un trato al resto de los socios. Ana es a la vez propietaria única de SOLYPLAYA, S.A., empresa dedicada a la oferta de paquetes turísticos que funciona bastante bien, y les propone cambiar la titularidad de la nave en la que trabajan. Dicha nave es la única propiedad, y el elemento más valioso del patrimonio de Nitrox, S.A.

La intención de los socios es reconocer la compraventa de la nave por su precio de mercado e integrarla en el patrimonio de SOLYPLAYA SA sin que en realidad se produzca ningún cambio pues seguirán trabajando allí. Héctor, Mercedes y Sonia aceptan la propuesta de Ana y quince días después cubren todos los papeles oficiales y recogen en la contabilidad el traspaso de la nave.

Con fecha de 5 de mayo de 2015, ante la situación de insolvencia de la sociedad, el administrador único Héctor, se ve obligado a solicitar la declaración de concurso de acreedores.

II. CUESTIONES FORMULADAS

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.

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?

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

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.

5.- El 10 de diciembre del 2014 Doña Mercedes revisando el libro de actas de la sociedad se percató 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.

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

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.

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.

I. INFORME SOBRE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

I. 1. La sociedad en formación y la sociedad irregular

La búsqueda de la seguridad jurídica es una constante que recorre todo el ordenamiento, pero particularmente en el Derecho de Sociedades se hace, si cabe, más acusada, dada la relevancia que tiene para los intereses de terceros. Es por ello que durante toda la vida de la sociedad mercantil, desde su constitución hasta su disolución, ésta se ve sujeta a un extenso régimen de publicidad articulado través del Registro Mercantil. Todas las exigencias formales y de publicidad que exige la ley para las sociedades mercantiles persiguen generar certidumbre a los terceros que contratan con la sociedad y que saben que se hallan ante un patrimonio separado e incomunicado del de los socios, en virtud de su responsabilidad limitada.

Esa confianza de los terceros se ve considerablemente mermada en una situación como la que se relata en el supuesto de hecho, cuando una parte decide contratar con una sociedad que no ha culminado su proceso de fundación, esto es, en la que la voluntad de constituirla se ha verificado formalmente por los socios, pero todavía no se ha cumplido con el requerimiento de otorgar publicidad al acuerdo societario.

La ley de Sociedades de Capital prevé un régimen especial (arts. 36 a 40 LSC) para aquellos actos y contratos llevados a cabo en el periodo entre la constitución de una sociedad y su inscripción en el Registro Mercantil, durante el cual, la sociedad todavía no ha adquirido plena personalidad jurídica¹ y, por tanto, no ha nacido en la esfera del derecho. Estos dos hitos en la vida de la sociedad, la constitución y la inscripción, se prevé que ocurran de manera concatenada, aunque lo habitual es que entre ambos medie un periodo de tiempo durante el cual la entidad puede realizar actos y negocios jurídicos con terceros.

La LSC ha dibujado dos situaciones jurídicas diferentes en función de que ese lapso de tiempo sea consecuencia de una situación temporal normal o bien que tenga un carácter permanente o indebidamente dilatado o que directamente responda a la falta de voluntad de inscripción por parte de los socios. En cualquier caso, la ley presume que se verificará esta segunda situación, cuando haya *“transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción”*².

Procede ahora identificar en cuál de esas dos situaciones jurídicas que describe la ley se encuentra la empresa NITROX S.A., ya que cada una lleva aparejado un régimen de responsabilidad diferente, especialmente severo en el caso de que se tratase de una sociedad calificada como “irregular”.

¹Según el tenor literal del artículo 33 LSC, rubricado como “Efectos de la inscripción”: *“Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”*.

² Artículo 39.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Dado que la escritura de constitución de la sociedad NITROX S.A.³ se otorga ante notario el 23 de junio de 2012 y su inscripción se realiza el 30 de septiembre de ese mismo año, habiendo transcurrido, por lo tanto, un periodo de tiempo que no ha superado los doce meses y no tenemos constancia de una voluntad negativa por parte de los socios a inscribirla, no podemos calificarla de sociedad “irregular” ni aplicar el régimen jurídico que prevé la LSC para esos casos, sino que nos encontramos ante una sociedad “en formación”.

I. 2. Eficacia del contrato de compraventa

El régimen jurídico que establece la LSC para la sociedad en formación pretende resolver la tensión que existe entre dos intereses legítimos; por una parte el tercero que contrata con una sociedad que ya ha iniciado su proceso de fundación y por otra el de la sociedad cuya finalidad es dar comienzo a sus actividades cuanto antes y realizar su objeto social.

Es claro que para los socios-fundadores es prioritario comenzar a operar en el tráfico jurídico a la mayor brevedad, con el objetivo de satisfacer el objeto social para el cual han decidido unirse y crear un patrimonio común en forma de sociedad anónima. Pero por otra parte, los terceros que tengan la voluntad de contratar con esa sociedad en formación, desconocen todos los aspectos económicos y jurídicos relevantes de la sociedad susceptibles de inscripción, ya que ésta todavía no se ha producido. Por lo tanto, el interés principal de estos terceros es asegurarse de que su crédito va a ser efectivamente satisfecho, ya que asumen un riesgo mayor que si contratan con una sociedad inscrita.

Durante ese lapso temporal de dos meses en que la sociedad se encuentra “en formación”, concretamente el 30 de junio, el administrador D. Héctor, lleva a término un contrato de compraventa con la entidad AVENTA S.L. pactando un aplazamiento del pago hasta el 30 de agosto, antes de que la sociedad hubiera sido inscrita.

Como ya hemos visto, el legislador condiciona la adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad a su inscripción en el Registro Mercantil (art. 33 LSC), sin embargo, antes de su inscripción, como indica SÁNCHEZ CALERO, “*la sociedad en formación tiene una cierta personificación, forma su patrimonio y responde bajo un régimen especial de actuación*”⁴. Así es que la ley reconoce a la sociedad en formación plena capacidad jurídica para obligarse en ciertos casos, que comentaremos a continuación, y de los que se hace responsable a la sociedad en formación “*con el patrimonio que tuviere*” (art. 37.1 LSC).

El hecho de que la ley reconozca en la sociedad en formación un patrimonio común aislado, así como la validez de ciertos actos y contratos que se lleven a cabo en su nombre supone, en realidad, asimilar su condición a la de una persona jurídica, tal y como la

³ Ver anexo nº1.

⁴ SÁNCHEZ CALERO F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Aranzadi, 2013, p. 332.

define el artículo 38 del Código Civil, que califica a las personas jurídicas como aquellas que *“pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales”*.

La inscripción, por tanto, no deja de ser un requisito de eficacia, de publicidad de ese acuerdo social por el que se manifiesta la voluntad constitutiva de la sociedad, ya que la ley reconoce en ella, no una sociedad de capital plena, pero sí *“una organización personificada con capacidad plena para actuar de forma inmediata en el tráfico y para asumir relaciones con terceros”*⁵.

El legislador pretende con esto establecer una clara distinción entre las relaciones jurídicas que afectan a la sociedad, y las que afectan a los socios, durante este periodo de formación y, por consiguiente, entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios. El patrimonio social lo componen la suma de las aportaciones de los socios que asciende a 100.000€, un activo y un pasivo que estará sujeto al régimen legal de la forma jurídica societaria que hayan escogido los socios para la sociedad inscrita (con una responsabilidad limitada), en este caso la sociedad anónima, aunque con algunas limitaciones que a continuación veremos.

No podría ser de otro modo, ya que lo que sería insostenible es que se aplicase el régimen de las sociedades personalistas, con la responsabilidad ilimitada de los socios, como ocurre en el caso de la sociedad irregular, ya que eso supondría, en palabras de SÁEZ LACAVE, *“que la sanción no es para la sociedad irregular, sino para la sociedad en formación”*⁶, cuando en este caso los socios sí tienen una voluntad expresa de inscribir la sociedad y esa situación de interinidad de la sociedad es meramente temporal.

Como indicábamos anteriormente, la LSC reconoce la validez y eficacia de ciertos actos y contratos llevados a cabo en nombre de la sociedad en formación, si bien la regla general es la del artículo 36, que hace responsables solidarios a aquellos que los hubiesen celebrado, siempre que no se haya condicionado su eficacia a la propia inscripción y, en su caso, posterior ratificación⁷ por parte de la voluntad social. La finalidad que persigue el legislador al establecer este plus de responsabilidad para los actuantes es proteger el patrimonio social, de tal manera que solamente quede vinculado cuando ésa sea la voluntad unánime de los socios.

Tendremos que verificar, entonces, si el contrato de compraventa de material informático llevado a cabo por el administrador único encaja en alguno de los supuestos que recoge el artículo siguiente y de los que la ley hace vinculantes para la sociedad en formación ya que, en su defecto, será aplicable la regla general de responsabilidad de los actuantes, y será D. Héctor quien responda directamente de las obligaciones contraídas con AVENTA S.L.

⁵ MENÉNDEZ A. Y ROJO, Á. (dir): *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Civitas, Madrid, 2012, pp. 428-430.

⁶ SÁEZ LACAVE, M. I.: *La sociedad mercantil en formación*, Civitas, Madrid, 2001 pp. 214-215.

⁷ La ley otorga un plazo de tres meses para llevar a término la aceptación de los actos y contratos formalizados durante su formación, aunque la jurisprudencia lo ha interpretado de manera más flexible.

En primer lugar, el art. 37.1 LSC se refiere a aquellos actos y contratos que resulten esenciales para la inscripción de la sociedad, como pueden ser gastos de notaría o liquidación de impuestos, y a aquellos para los que los administradores están expresamente autorizados para actuar con anterioridad a la inscripción, bien sea porque está recogido en la escritura o por mandato específico de todos los socios. En estos casos, no es necesaria ratificación posterior de los mismos de la sociedad inscrita y se establece, además, la responsabilidad personal de los socios *hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar* (art. 37.2 LSC).

Es claro que esta previsión legal no da cobertura al contrato de compraventa suscrito con AVENTA S.L., del que no consta que haya un mandato específico ni previsión alguna en la escritura y que mucho menos tiene que ver con los actos necesarios para su inscripción, si no más bien con la actividad usual de una empresa cuyo objeto social comprende *“la venta de componentes informáticos”*.

Pues bien, a estos efectos se refiere específicamente el art. 37.3 LSC que establece que cuando se haga coincidir la fecha de inicio de operaciones con la fecha de otorgamiento de la escritura fundacional se entenderá (salvo disposición en contrario recogida en los estatutos o en la escritura) *que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos*.

I. 3. Responsabilidad del administrador

Por lo tanto, para determinar sobre quién recae la responsabilidad, resulta clave precisar si la fecha de inicio de operaciones sociales concurre en el momento de la inscripción o posteriormente. Así:

- a) Si consideramos que la fecha de inicio de operaciones es posterior a la firma del contrato, vinculada a la inscripción final, la actuación del administrador queda fuera del paraguas societario y resulta aplicable la regla general del artículo 36 LSC, por la cual responderá personalmente de la deuda contraída en dicho contrato de compraventa.
- b) Si la fecha de inicio de operaciones coincide con la fecha de constitución, antes de la firma del contrato de compraventa, corresponde a la sociedad asumir esa responsabilidad con su patrimonio propio, ya que la actuación del administrador se circunscribe al ejercicio de las funciones que le son propias.

Entendemos que al presente caso se adecúa mejor el segundo de los escenarios, ya que, además de lo establecido en el artículo 37.3 LSC, hay que añadir la presunción del artículo 24 LSC que dispone que (siempre salvo previsión contraria recogida en los estatutos) *las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución*.

Este inicio anticipado de las operaciones sociales implicará una representación del administrador típico de la sociedad anónima definitiva. El ámbito de representación en

el que ejercen sus funciones los administradores de las sociedades de capital viene dado por el objeto social⁸. Resulta razonable sentenciar que la compra de material informático a AVENTA S.L. forma parte de la realización del objeto social de la sociedad en cuyo nombre actúa D. Héctor, consistente en la “venta de componentes informáticos”.

Bajo esta premisa, resulta fácil colegir que el administrador D. Héctor, en la firma del contrato con AVENTA S.L., estaba facultado para desarrollar plenamente el objeto social de NITROX S.A. y realizar, por tanto, toda clase de actos y contratos tendentes a tal fin y que resultarán vinculantes para la sociedad en cuyo nombre actúa.

Si la voluntad de los socios ha sido la de dar comienzo a las operaciones sociales antes de la inscripción, no procede que el administrador asuma una responsabilidad directa en el ejercicio de sus funciones propias y adjudicarle una responsabilidad personal que le corresponde a la persona jurídica en cuyo nombre actúa. Es más, el régimen de responsabilidad civil que marca la LSC para los administradores solamente resulta aplicable cuando el administrador actúa de manera negligente o en abuso de sus competencias⁹, pero nunca para los actos ordinarios de gestión, aunque éstos puedan resultar inadecuados o incluso ruinosos¹⁰.

Además, no se puede poner en cuestión la legitimidad de D. Héctor como administrador de NITROX S.A., ya que los socios han procedido a su nombramiento en la escritura de constitución y éste es considerado como un auténtico órgano social desde el momento de su aceptación (art. 214.3 LSC). Por lo tanto, la inscripción tampoco no tiene efectos constitutivos en lo referido a la relación jurídica que vincula al administrador con la sociedad ni a su condición de titular del órgano administrativo. La representación social y las relaciones con el órgano de administración, han de ajustarse a las normas reguladoras de la sociedad que se pretende fundar, en este caso, la sociedad anónima.

En definitiva, la actuación del administrador se produce una vez iniciadas las operaciones sociales y se circunscribe a la compraventa de material informático, que es el objeto social definido para la mercantil, por lo tanto, vinculará a la sociedad por cuya cuenta contrata y será ésta la obligada a su cumplimiento y la responsable con su patrimonio propio.

Es claro que si los socios han decidido dar comienzo a la actividad empresarial en el mismo momento que otorgan la escritura, el legislador entiende que su voluntad es la de compatibilizar la culminación la etapa fundacional de la sociedad con el desempeño del objeto social, y es por ello que han de asumir el riesgo que ello conlleva y adaptarse a las normas de régimen jurídico que le son propias a la sociedad definitiva.

⁸ Artículo 234 de la LSC “La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos”.

⁹ Artículo 236 LSC.

¹⁰ Véase MENÉNDEZ A. Y ROJO, Á. (dir): *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., pp. 509-511.

II. INFORME SOBRE LAS ACCIONES CAMBIARIAS Y DE REGRESO DEL TENEDOR DE LA LETRA

II. 1. Elementos personales de la letra de cambio

Para el pago de las mercancías adquiridas por NITROX S.A. en el contrato de compraventa suscrito con AVENTA S.L., ambas partes pactan un aplazamiento del mismo de dos meses para el que deciden formalizar una letra de cambio¹¹.

La letra recoge el compromiso de pago del deudor, NITROX S.A., ante el acreedor, AVENTA S.L., derivado de ese contrato subyacente de compraventa que medió entre ambas partes, y del que nace la obligación. Bien es cierto que la letra, cuya función típica es la de servir como instrumento de crédito comercial y circular en el tráfico mercantil, es un título completo en el que, una vez comprometidos los intervinientes, pierde esa dependencia originaria del contrato subyacente y se constituye como título autónomo, que se puede transmitir a terceros mediante el endoso de la letra.

Antes de entrar a analizar las relaciones que se producen entre las partes en las acciones cambiarias, es conveniente identificar a esos sujetos en los términos que establece la Ley Cambiaria y del Cheque. En primer lugar, la parte acreedora, AVENTA S.L., se constituye en lo que la ley denomina *librador*, que es quien ordena el pago y cuya firma debe constar necesariamente en la letra¹². Quien recibe esa orden de pago, el deudor, se denomina *librado*, aquí NITROX S.A. y es el principal obligado a satisfacer la deuda.

El *tomador* es aquel que resulta beneficiario de la orden de pago hecha por el librador, y frente a quien el librado debe abonar la deuda. En este caso nos encontramos ante una letra librada a la propia orden, ya que librador y tomador coinciden en la misma persona, AVENTA S.L., que es quien ordena el pago y es, a su vez, receptor del mismo.

Por último, el *tenedor* de la letra es el legítimo portador de la misma durante la vida de la letra y quien está legitimado para exigir su cobro. En este caso será en todo momento AVENTA S.L., dado que no ha puesto en circulación la letra.

II. 2. Aceptación e impago de la letra de cambio

El único que ha adquirido la responsabilidad cambiaria en el supuesto de hecho es AVENTA S.L. que, mediante su firma como librador de la letra, se convierte en el último responsable de que la orden de pago será satisfecha por el librado al rematar el plazo. Sin embargo, el librado, a la sazón NITROX S.A., solamente mediante la aceptación de la letra, otorgará su conformidad a la orden allí expresada y asumirá un compromiso propiamente cambiario.

¹¹ Ver anexo nº2.

¹² La letra es un documento rigurosamente formal y han de observarse las exigencias formales descritas en el artículo 1.8 LCCh para que un documento pueda considerarse como letra a efectos de la propia ley.

Es por ello, que dada la importancia capital que tiene la aceptación de la letra por parte del librado para que éste participe de las relaciones cambiarias, AVENTA S.L. como librador-tomador de la letra, se presenta en el domicilio del librado el 15 de julio de 2012 para que éste la acepte. Así lo recoge el artículo 25 de la LCCh, que faculta al tenedor de la letra *“a presentarla a la aceptación del librado, en el lugar de su domicilio y hasta la fecha de su vencimiento”*.

En ese momento pueden darse básicamente dos situaciones:

- a) El librado acepta la letra en su totalidad, pura y simplemente, *“mediante la palabra «acepto» o cualquier otra equivalente”* más su firma, desencadenando los efectos del artículo 33 LCCh, que reza: *“por la aceptación el librado se obliga a pagar la letra de cambio a su vencimiento”*.
- b) El librado no realiza la aceptación, bien haciendo constar su negativa en la propia letra, bien sin dejarlo reflejado en el documento, bien tachando o cancelando la aceptación dada en un inicio, lo que, en virtud del artículo 34 LCCh, *“se considerará que la letra no ha sido aceptada”*.

Si el librado acepta la letra, entra a formar parte de los obligados cambiarios, en la posición de deudor principal en virtud del artículo 33 LCCh, y resulta del mayor interés tanto para el librador, titular del crédito inicial, como para el eventual tenedor de la letra ya que, habiendo declarado el librado su compromiso de asumir la deuda, refuerza las probabilidades de cobro de la letra y se suma su responsabilidad a la garantía última que ofrece el librador. Para éste resulta, si cabe, de mayor trascendencia, ya que es en el momento de la aceptación cuando el ordenado a pagar se incorpora a la relación cambiaria y pasa a ser sujeto obligado sometido al régimen de garantías y obligaciones que establece la LCCh.

Si por el contrario se entiende que no se ha producido la aceptación de la letra, mostrando así el librado su predisposición a no atender el pago de la deuda, la ley faculta al tenedor para exigir el cobro sin necesidad de esperar al vencimiento, a los responsables en vía de regreso (art.50 LLCh).

La aceptación es un acto sustancial en el marco jurídico de la letra de cambio, al que la LCCh dedica su Capítulo III y sobre la que profundizaremos posteriormente en el siguiente informe; aquí nos detendremos a analizar la relevancia que puede llegar a tener cuando esa letra resulte impagada, como se describe en el caso.

Ante la situación de impago que se verifica el 30 de agosto de 2012, día del vencimiento de la letra, el legítimo tenedor de la misma, que en este caso es el mismo librador, podrá reclamar judicialmente su crédito cambiario mediante las acciones que regula la LCCh para la defensa de su derecho en su capítulo VII, que son la acción directa y la acción de regreso.

A pesar de dirigirse contra sujetos pasivos diferentes, ambas acciones pueden ejercitarse conjuntamente, como describe el artículo 57 LCCh, ya sea por vía de juicio ordinario o por el procedimiento judicial específico denominado juicio cambiario¹³. Lo habitual es que opte por la segunda opción, ya que la razón fundamental que lleva a los administradores de AVENTA S.L. a formalizar una letra de cambio es obtener un plus en la garantía del cobro de la deuda derivada del contrato de compraventa. El hecho de emitir la letra, que es un título ejecutivo, hace que se convierta en un acreedor privilegiado, ya que lleva aparejada el procedimiento especial del juicio cambiario que, además de ser más rápido y eficaz, le facilita la prueba, sin necesidad de tener que recurrir al contrato de compraventa para probar ni la cantidad ni la existencia de la deuda.

En este sentido, la SAP de Baleares de 12 de diciembre de 2011¹⁴ expone lo siguiente: *“ejercitándose en este proceso la acción cambiaria por parte del tenedor del pagaré contra el firmante, [...], corresponde a éste la prueba de esta excepción, bien demostrando la inexistencia objetiva de una causa que justificase la emisión de los pagarés o la desaparición de la misma”*. Por lo tanto, para el tenedor de letra, le basta con su mera exhibición para acreditar la deuda, mientras que la carga de la prueba recae sobre el que alega excepción extracambiaria de falta de causa.

II. 3. Las acciones cambiarias

Analicemos, pues, las acciones de las que dispone AVENTA S.L. para recuperar su crédito frente a NITROX S.A.

III.3. a) La acción directa

La acción directa se dirige *“contra el aceptante o sus avalistas”* para exigir el cobro de la deuda cuando no se ha verificado el pago. En este caso la letra no cuenta con ningún avalista del librado, por lo que AVENTA S.L. solamente podrá dirigir la acción contra NITROX S.A., ante quien se presenta la letra para su aceptación el 15 de julio.

En el primer informe establecimos que de los actos referidos en el supuesto durante la formación de la sociedad, respondía esta misma con el patrimonio que tuviere, por lo que la acción directa corresponde dirigirla contra la sociedad, que es quien contrae la obligación, y no contra el actuante, D. Héctor, que fue quien intervino en la firma del contrato por cuenta de la sociedad.

Ahora bien, el ejercicio de esta acción se dirige necesariamente contra *el aceptante*, esto es, el librado ha tenido primero que verificar su voluntad de obligarse mediante la aceptación de la letra¹⁵ para que el tenedor pueda dirigirse contra él y reclamar

¹³ Artículos 819 a 827 de la LEC.

¹⁴ JUR 2012\1918.

¹⁵ Ver Informe III sobre la validez de la aceptación del librado.

judicialmente una deuda que previamente éste ha reconocido. En el caso que analizamos, además, no es preciso que el tenedor presente la letra para su pago el día del vencimiento, a pesar de lo establecido en el artículo 43 LCCh¹⁶, ya que esa obligación solamente es pertinente el letras giradas a la vista o a un plazo desde la vista, precisamente porque la presentación es necesaria para determinar el vencimiento. Sin embargo, en el caso de letras giradas a un plazo fijo, como la presente, no es indispensable la presentación al pago, porque el deudor sabe, de antemano, el día en que tiene que cumplir su obligación¹⁷.

Tampoco es preciso que AVENTA S.L. levante protesto por falta de pago para conservar el ejercicio de la acción directa. Ante la letra aceptada pero impagada, el art.49 LCCh dispone que el tenedor tiene derecho a reclamar las cantidades debidas “*sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva*”. El protesto es una declaración notarial cuya finalidad es acreditar que se ha producido la falta de aceptación o pago de la letra. Debe practicarse dentro de los ocho días hábiles siguientes al vencimiento, entregando la letra al fedatario público, quien se encargará de notificar al librado que se ha protestado la letra para que éste se manifieste en consecuencia. Si abona la deuda puede retirar la letra y extinguir la relación cambiaria o, en caso de negativa, el notario levantará acta y se la trasladará al requirente, dando por finalizado el procedimiento del protesto, tal y como exige los artículos 51 LCCh y siguientes.

También se regula en la ley la posibilidad de realizar una “declaración equivalente” al protesto que desplegará iguales efectos jurídicos, que consiste, según tenor literal del artículo 51 LCCh, en “*la declaración que conste en la propia letra, firmada y fechada por el librado en la que se deniegue la aceptación o el pago, así como la declaración, con los mismos requisitos, del domiciliario o, en su caso, de la Cámara de Compensación, en la que se deniegue el pago*”.

Para el ejercicio de la acción directa, por tanto, no es preciso acreditar ese cumplimiento del deber de presentar la letra para su pago, porque ésta ya ha sido previamente aceptada por el librado, que ya ha manifestado su compromiso a abonarla en tiempo y forma. En definitiva, como claramente se recoge en el artículo 49 LCCh, el único requisito exigido para ejercer la acción directa contra el aceptante es el impago de la letra al llegar su vencimiento, siempre partiendo sobre la condición *sine qua non* de que se haya producido la aceptación de la letra.

AVENTA S.L., que ostenta la legitimación activa como librador-tenedor (ya que no ha puesto en circulación la letra) deberá interponer la acción antes de agotar el plazo de prescripción, que para la acción directa es la más dilatada, alcanzando los tres años contados desde la fecha de vencimiento.

¹⁶ Art.43 LCCh: “*El tenedor de una letra de cambio pagadera en día fijo o a un plazo a contar desde la fecha o desde la vista, deberá presentar la letra de cambio al pago en el día de su vencimiento, o en uno de los dos días hábiles siguientes.*”

¹⁷ VALPUESTA, F. M. (coord.): *Práctica cambiaria*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 146.

II. 3. b) La acción de regreso

La acción de regreso es aquella que faculta al tenedor para dirigirse contra cualquier otro obligado cambiario diferente del aceptante y sus avalistas, es decir, el librador, los endosantes y los avalistas de ambos. Pero la diferencia de la acción de regreso con la acción directa no sólo radica en sus destinatarios, sino en su propia naturaleza¹⁸. En el ejercicio de la acción directa, el tenedor de la letra reclama el pago a quien se encuentra directamente obligado a ello, es decir, al deudor propiamente dicho. Sin embargo, mediante la acción de regreso lo que se pretende es exigir la responsabilidad a aquellos que, por ley, son los encargados del buen fin de la letra, los garantes del cumplimiento de la orden de pago que recoge la letra. Esta carga recae sobre el librador, los sucesivos endosantes y los avalistas de ambos.

En el supuesto de hecho, se hacen coincidir las figuras de tenedor y librador, por lo que al recaer sobre un mismo sujeto la legitimación activa y pasiva, no hay proceso posible. Demandante y demandado son el mismo, porque el librador ha decidido no poner en circulación la letra y coartar así una de sus funciones básicas, que es servir de instrumento de financiación en el tráfico jurídico-mercantil.

En cualquier caso, de existir un tercero que fuese el legítimo tenedor de la letra, éste podría dirigirse contra AVENTA S.L., en calidad de librador, bajo los parámetros que marca la LCCh en el mismo Capítulo VIII para el ejercicio de la acción de regreso. Cabe destacar que la ley faculta al tenedor para anticipar el ejercicio de la acción de regreso antes de la fecha de vencimiento, si se verifica alguna de las circunstancias previstas en el artículo 50 LCCh, por ejemplo la denegación de la aceptación de la letra o la declaración de concurso de los obligados, todas ellas indicadores fiables que hacen presumir la frustración del cobro de la letra incluso antes de su vencimiento.

De igual manera, la letra deberá haber sido protestada o realizada declaración equivalente ante el librado, es decir, resulta preceptivo que se haya demostrado esa diligencia necesaria de haber presentado la letra ante el obligado principal que ha rechazado realizar el pago. Este requisito resulta ahora exigible dada precisamente la diferente naturaleza de la relación cambiaria que existe aquí, ya que aquellos contra los que se dirige la acción, si bien son los responsables de que el pago se verifique en última instancia, no son los obligados directos. Su responsabilidad cesará si el tenedor no logra evidenciar que ha procurado la presentación de la letra y la realización del pago ante el librado. Por lo que, en principio, sin protesto o declaración equivalente, decae la acción de regreso.

Una de las excepciones que cabe para la dispensa del protesto consiste en que la letra haya sido librada incluyendo una cláusula denominada “sin gastos” o “sin protesto” y cuyo principal efecto es descargar al tenedor de “*hacer que se levante protesto por falta de aceptación o por falta de pago para poder ejercitar sus acciones de regreso, tanto por la vía ordinaria como ejecutiva*”, en palabras del artículo 56 LCCh que regula su contenido y alcance. Y solamente aplicable para la acción de regreso, ya que esta

¹⁸ MENÉNDEZ A. Y ROJO, Á. (dir): *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., pp. 364-366.

cláusula queda sin efectos ante el aceptante como expresamente determina el artículo 63 LCCh.

Si finalmente se verificase el pago por parte del librador, o cualquier otro obligado distinto al aceptante, éstos tienen derecho siguiendo el artículo 59 LCCh a “*reclamar de las personas que sean responsables frente a él*”, esto es, al aceptante, a los obligados en vía de regreso y sus avalistas, si los hubiera, el importe íntegro desembolsado.

A pesar de su distinta naturaleza, ambas acciones puede ejercitarse simultáneamente, contra todos los obligados y hasta el abono total de la deuda incluidos los intereses devengados y los gastos incurridos en las comunicaciones y el trámite del protesto, tal y como recoge detalladamente el artículo 58 LCCh.

III. INFORME SOBRE LA VALIDEZ DE LA FIRMA EN LA ACEPTACIÓN DE LA LETRA DE CAMBIO

III.1. La firma como expresión del consentimiento

Para que el librado adquiriera algún compromiso de naturaleza cambiaria, es preceptivo que acepte la letra, como hemos visto anteriormente, prestando así su conformidad y su voluntad de hacer efectivo el pago. El art. 29 LCCh establece que la forma en que deberá verificarse la aceptación es *mediante la palabra «acepto» o cualquier otra equivalente, e irá firmada por el librado*.

La Ley incorpora también una fórmula de presunción de aceptación del librado en el artículo 29.1 LCCh, por la que *la simple firma del librado puesta en el anverso equivale a la aceptación*. Esta pauta de expresión de la aceptación es una especie de aceptación tácita a través de la simple firma del librado en el anverso, lo que refuerza el carácter necesario de la propia firma como expresión de la aceptación.

Cierto es que, en la práctica del tráfico, es frecuente que la emisión de letra de realice a través de efectos timbrados en los que ya se recoge la expresión “acepto”, y donde el librado se limita a indicar la fecha¹⁹ y a plasmar su firma en el espacio destinado a ese efecto.

La ley exige la *firma* como expresión de conformidad a la aceptación, a través de la cual se manifiesta la voluntad del librado de incorporarse a la obligación cambiaria y satisfacer el importe de la letra a su vencimiento. En este caso, al tratarse el librado de persona jurídica, no existirá identidad entre el nombre de librado y el firmante, ya que será el representante legal de la sociedad quien se preste a la aceptación con su propio nombre, pero su firma vinculará a la entidad en cuyo nombre actúa.

Buena parte de la doctrina²⁰ sostiene que la firma debe ser autógrafa, amparándose en que la propia Ley Cambiaria y del Cheque no establece previsión referida a la posibilidad de que pueda realizarse de forma impresa o por medios mecánicos, como sí lo hace en su disposición final primera²¹, en relación a la firma del librador de la letra.

Tratándose, como en el supuesto de hecho, de librado persona jurídica, la doctrina sigue manteniendo la necesidad de que la firma sea manuscrita, como MENÉNDEZ y ROJO, que entienden se precisa la *firma autógrafa de quien la formula o su apoderado*²².

Sin embargo, encontramos jurisprudencia en sentido contrario, cuando el librado es persona jurídica y es aceptada por su representante, en la que se acepta la firma impresa

¹⁹ Como regla general, a constancia de la fecha de aceptación de la letra no es un elemento esencial cuya ausencia invalide la aceptación, salvo las excepciones recogidas en el artículo 29 LCCh.

²⁰ Véase GARCÍA-CRUCES, J. A. (dir.): *Estudios de jurisprudencia cambiaria*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 136-138.

²¹ Disposición final 1ª, párrafo 2º LCCh: “*Del mismo modo se regulará el libramiento de letras de cambio emitidas y firmadas por el librador en forma impresa [...]*”.

²² MENÉNDEZ A. Y ROJO, Á. (dir): *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 358.

como fórmula válida para obligarse. Así lo argumenta la SAP Santa Cruz de Tenerife de 4 de abril de 1998²³, que resuelve que “*constando bajo la palabra acepto, impresa en el anverso de la letra, en nombre de la entidad librada y la firma, aún no autógrafa, sino por estampilla, del representante legal de la misma, debe considerarse aceptada la letra y de forma legítima, pues tal es la significación del acto de la estampación del sello en el acepto, sin que la ley requiera la existencia de una forma autógrafa o manuscrita*”.

Sí coinciden tanto la doctrina como la jurisprudencia en la amplia libertad de expresión de esa firma, admitiéndose como válidas seudónimos o rúbricas ilegibles, siempre y cuando sea lo que esa persona utilice corrientemente para actuar y contraer obligaciones en el tráfico jurídico²⁴.

III. 2. La ausencia de firma

Por lo tanto, todo parece indicar que cierta expresión de una firma es requisito imprescindible para entender que se ha otorgado consentimiento para la aceptación de la letra. En el supuesto de hecho, sin embargo, nos encontramos ante una ausencia completa de firma. El administrador simplemente se ha limitado a estampar el sello corporativo de NITROX S.A. cuando se le presenta la letra para su aceptación, en el que entendemos que no se recoge firma impresa o mecanizada.

Es cierto que, al tratarse el librado de persona jurídica y efectuarse la aceptación por medio del representante legal, es preciso que conste en la letra por cuenta de quien se realiza. Así lo recoge el artículo 9.1º LCCh que ordena que se exprese claramente en la antefirma, en pro de una mayor seguridad del tráfico mercantil, en el que resulta imprescindible conocer con precisión quién interviene y en calidad de qué participan en la letra.

La jurisprudencia²⁵ ha sostenido de manera reiterada que no es preciso una declaración formal en la que conste que se actúa por poder, sino que es suficiente que el representante “*estampe en la antefirma el sello de la misma con datos suficientes para identificarla*”. Se admite, pues, el uso de la estampilla o sello corporativo para dejar constancia que el firmante actúa en nombre y cuenta de la persona jurídica que allí se identifica, pero no es sustitutiva de la expresión de conformidad que supone la firma.

Así lo entiende la Audiencia Provincial de Granada que, en sentencia de 26 de julio de 1997, coincide en señalar, que “*es exigente la firma del librado, sin que se queda suplir por la estampación de un sello municipal*”. Resulta razonable entender, pues, que la estampilla corporativa de la sociedad no es suficiente²⁶ ni reemplaza a la necesidad de firma que exige la ley.

²³ AC 1998\780.

²⁴ Véase GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: *La aceptación de la letra de cambio*, La Ley, Madrid, 1992, p.182.

²⁵ Véase STS de 7 de mayo de 2012 (RJ 2012\6110), que recopila a su vez sentencias de la sala en ese mismo sentido.

²⁶ Véase VALPUESTA, F. M. (coord.): *Práctica cambiaria*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 129-130.

La importancia de la firma para la válida aceptación de la letra, radica en su característica esencial de expresión del consentimiento en los actos y negocios jurídicos documentados. El consentimiento, junto con la causa y el objeto, es elemento esencial del contrato (art. 1141 CC), y la firma es aceptada y reconocida en el tráfico jurídico a estos efectos, como medio de expresión del consentimiento.

Frecuentemente nos encontramos en todo el ordenamiento jurídico con la exigencia de la firma como expresión del consentimiento, algunos casos como requisito *ad solemnitatem*, cuando de ella depende la existencia o validez de un acto o negocio jurídico, y en otros resulta *ad probationem*, cuando es precisa para la admisión de la prueba en un proceso litigioso.

Pues bien, como previamente hemos indicado, la letra es un documento rigurosamente formal y, del mismo modo que la firma del librador es requisito *ad solemnitatem* que determina la existencia de la letra, la firma, en cualquiera de sus formas, es también requisito ineludible para considerar válida la aceptación del librado. Sin firma, falta la expresión del consentimiento y, por tanto, no podemos considerar que la voluntad del librado sea la de asumir el compromiso cambiario derivado de la aceptación.

Resultan tajantes las palabras de la Audiencia Provincial de Baleares, que en Sentencia de 13 de enero de 2000²⁷, en su fundamento jurídico primero señala: *“siendo cierto, como así resulta de los autos y está reconocido por la propia apelante, que la letra de cambio objeto de autos no está firmada por la librada ejecutada, no cabe entonces otra cosa que la radical y plena desestimación del recurso dado que, como acertadamente viene a señalar la juez “a quo”, la cualidad de obligado cambiario del librado y su correlativa responsabilidad en vía ejecutiva solo nace en virtud de la aceptación de la letra, que constituye pues en todo caso una declaración esencial para que surja en aquél la obligación de pagar la letra a su vencimiento”*.

Por lo tanto, hemos visto que tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en considerar que es precisa la firma del librado, sea manuscrita o por medios mecánicos, y que el sello en ningún caso suple esta necesidad de firma, aún cuando se utiliza para indicar la representación de una persona jurídica. Resulta forzoso entonces concluir, bajo el principio de formalidad de la letra de cambio, que no ha existido aceptación válida por parte de NITROX S.A. de la letra presentada por el tenedor el 15 de julio de 2012.

²⁷ AC 2000\3443.

IV. INFORME SOBRE LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL ORDINARIA Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS

IV.1. Convocatoria de la Junta General Ordinaria

La convocatoria de la Junta General es un acto al que la LSC le otorga extraordinaria importancia, dado que de su correcta elaboración dependerá la validez de la constitución de la junta, así como de los acuerdos que allí puedan tomar los socios. Se trata de un acto formal para el que se prevén requisitos legales (y estatutarios) de tiempo y forma orientados a salvaguardar los derechos de los socios. Tanto es así que la ley establece un régimen alternativo de convocatoria judicial, siempre subsidiario, para los casos en los que el administrador, que es el sujeto competente para convocar la junta general en virtud del art. 166 LSC, no cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

En primer lugar, el artículo 176 LSC establece que debe existir, al menos, un plazo de un mes entre la convocatoria y la celebración de la junta general. El día 5 de febrero de 2014 se celebra la Junta General Ordinaria de NITROX S.A. cuya convocatoria²⁸ ha sido efectuada el 20 de enero de ese mismo año. Entre ambas fechas media un periodo de 15 días, que no es suficiente para satisfacer lo exigido por la LSC para la convocatoria de la junta de las sociedades anónimas²⁹.

Junto con este requisito temporal, la ley también recoge unas exigencias de forma que deben ser atendidas para la correcta convocatoria de la Junta. El artículo 173.1 LSC determina que la convocatoria debe realizarse mediante la publicación de un anuncio a tal efecto en la página web de la sociedad, *si esta hubiera sido creada, inscrita y publicada*. La página web solamente es obligatoria para las sociedades cotizadas, pero en caso de que una empresa bajo cualquier otro tipo societario decida disponer de una página web corporativa, ésta deberá atender a lo previsto en el artículo 11 bis que regula su creación y funcionamiento.

Sabemos que NITROX S.A. dispone de página web y que ha anunciado la convocatoria a través de este medio, pero ésta todavía no ha sido publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, por tanto, no ha sido *inscrita y publicada* como exige la ley. A las consecuencias de esta falta de publicación se refiere el apartado tercero del artículo 11 bis, en el que se priva de efectos jurídicos a todas las inserciones que se realicen en la página web de la sociedad que no haya sido publicada en el BORME.

La ley prevé expresamente que para estos casos en los que la web no se encuentra debidamente publicada, debe optarse por la publicación del anuncio de convocatoria en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincial donde se halle su domicilio social. Esta regla general de convocatoria actúa siempre en defecto de previsión contraria que puedan establecer los estatutos sociales, que pueden recoger cualquier procedimiento de comunicación individual que asegure la recepción del

²⁸ Ver Anexo nº3.

²⁹ El periodo de tiempo exigido se reduce hasta 15 días para las sociedades de responsabilidad limitada, dado que se les presume menor complejidad y menor número de socios.

anuncio por todos los socios, lo que resulta especialmente útil en casos como el presente en el que la sociedad cuenta con un número reducido de socios.

Bien es cierto que la sociedad no se ha hecho valer de ninguna de estas alternativas para formular correctamente la convocatoria de la junta, por lo tanto, la convocatoria realizada en fecha 20 de enero y anunciada en la página web corporativa no publicada en el BORME, no cumple los requisitos de tiempo y forma que exige la ley.

En materia de requisitos de temporalidad, la Junta General Ordinaria³⁰ debe cumplir también con lo previsto en el art.164 LSC, para la que se exige, además de la propia convocatoria al efecto, que se celebre durante los seis primeros meses de cada ejercicio. La Junta del 5 de febrero encaja en este plazo legal pero el mismo precepto, en su apartado segundo, otorga validez a la junta general ordinaria aún cuando ésta *haya sido convocada o celebrada fuera de plazo*.

IV. 2. La Junta Universal

Sin embargo, el régimen de convocatoria que acabamos de analizar decae cuando nos encontramos ante la denominada Junta Universal³¹. El artículo 178 así lo establece, dispensando la necesidad de convocatoria previa cuando esté presente la totalidad del capital social. Dado que han acudido todos los socios de NITROX S.A. y que, a su vez, representan el cien por cien del capital social, la junta general queda válidamente constituida para tratar cualquier asunto³².

No se trata, sin embargo, de que la Junta Universal sea un medio para subsanar los defectos de convocatoria de la Junta General Ordinaria, sino que nos encontramos ante una junta nueva y diferente que deja sin efecto la convocatoria previa. Es en base a ello que la ley permite que se modifique el orden del día previsto, de tal forma que los socios puedan deliberar sobre cualquier otra materia cuando se constituyen en Junta Universal.

Los requerimientos legales de tiempo y forma que exige la ley para la convocatoria del órgano social, se fundamentan en otorgar a los socios ciertas garantías en cuanto a lo que ocurra en una reunión en donde se deciden los asuntos propios de la sociedad. Lo que se persigue es que los socios tengan conocimiento efectivo de dónde y cuándo se celebrará la junta, con una antelación suficiente que les permita asegurarse su asistencia y estar completamente informados acerca de los asuntos sobre los que van a deliberar.

Es evidente que cuando acuden todos los socios de NITROX S.A. que a su vez representan la totalidad del capital social, y expresamente acepten la celebración de la

³⁰ La Junta General Ordinaria es la definida en el art. 164.1, convocada y celebrada para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado; cualquier otra tendrá la consideración de Junta Extraordinaria.

³¹ SÁNCHEZ CALERO F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 475-477.

³² Los socios presentes en la Junta Universal también han de adoptar, por unanimidad, los asuntos sobre los que van a tratar, siempre que estén dentro de las competencias de la Junta.

misma, quedan superadas las exigencias de forma y cumplidas las previsiones que pretende garantizar la ley con ellas, por lo tanto, se deja sin efecto *ope legis* la convocatoria, y lo que se celebra es una nueva junta con carácter universal en la que ya no quedan sujetos al orden del día establecido en la convocatoria y pueden tratar *cualquier asunto* (art.178.1 LSC).

Por lo tanto, aunque la convocatoria de la Junta no se haya realizado cumpliendo las exigencias legales establecidas, se reconoce su válida celebración constituida en Junta Universal lo que, según MENÉNDEZ y ROJO *ofrece una gran trascendencia práctica al permitir agilizar la celebración de las juntas en sociedades de pocos socios*³³, como ocurre en el caso de NITROX S.A.

IV. 3. El derecho de información de los socios

Es fundamental que los socios acudan a la junta general con un conocimiento preciso y detallado de todos los aspectos jurídicos y económicos que tengan que ver con la marcha de la sociedad, de tal manera que puedan ejercer sus funciones y tomar las decisiones más convenientes para la sociedad en base a la información de la que disponen. De hecho la causa más frecuente de impugnación de acuerdos sociales es la vulneración en alguna forma del derecho de información. Sin embargo, no todas las infracciones tendrán la suficiente entidad para entender que este derecho ha sido vulnerado, sino que tendrán que afectar de manera trascendental al ejercicio de las funciones que corresponden a los socios y al interés social.

Haciendo uso de esta facultad que le otorga la ley, la socia Dña. Sonia, el 28 de enero, antes de la celebración de la junta, solicita del administrador cierta información contable, bancaria y fiscal de NITROX S.A. Su petición entra dentro de los límites temporales que fija la LSC para solicitar esta información, *hasta siete días antes* de la fecha prevista para la junta (art.197.1 LSC) y también verbalmente durante la celebración de la propia junta que se celebró el día 5 de febrero (art.197.2 LSC).

El administrador tiene el deber de entregar cuanta información y aclaraciones soliciten los socios, bien sea oralmente o por escrito, según haya sido la forma de solicitud, como prescribe el art.197.3 LSC, si bien puede ampararse en una excepción específica que rige para las sociedades anónimas para denegarse a facilitar dicha información cuando juzgue que la publicidad de la misma podría dañar los intereses sociales. Sin embargo, no podrá oponer esta previsión ante el socio o grupo de socios que ostenten al menos el 25% del capital social, como es el caso de Dña. Sonia que por sí misma es titular de esa cuarta parte del capital social.

Por lo tanto, el administrador D. Héctor no cuenta con respaldo normativo alguno que ampare su negativa a entregar la totalidad de la información solicitada por Dña. Sonia, por lo que, en principio, parece clara la vulneración al derecho de información por parte del administrador.

³³ MENÉNDEZ A. Y ROJO, Á. (dir): *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, cit., p.491.

Sin embargo, este hecho no tiene por consecuencia servir de causa de impugnación de la junta, como expresamente lo indica el 197.5 LSC, pero sí es causa habitual de anulación de acuerdos sociales. El derecho a la información de los socios es un derecho autónomo pero que también cumple una función instrumental del derecho de voto, es presupuesto necesario para que el socio pueda emitir su voto y adoptar una postura u otra en función de la verdadera realidad económica y financiera por la que está atravesando la empresa.

Pero ¿qué alcance tiene este derecho a la información en cuanto a los documentos solicitados? Es cierto que el administrador proporcionó a Dña. Sonia parte de la información solicitada, a falta de ciertas declaraciones tributarias de IVA e IRPF, por lo que tendremos que valorar si específicamente la no entrega de esos documentos tiene la trascendencia suficiente como para entender que el administrador no ha cumplido con su obligación ante el socio, cercenando así el derecho de éste protegido por la ley.

La jurisprudencia se ha pronunciado de manera diferente en función de la trascendencia que otorgaba a la información requerida para estimar o no si su denegación es causa suficiente para la anulación de los acuerdos adoptados en la Junta. En un primer momento, debido a la trascendencia de este derecho, la jurisprudencia solía interpretarlo de manera desmesuradamente amplia, lo que en muchos casos hizo que fuese utilizado por las partes en beneficio de sus intereses, en claro abuso de derecho. Así es que sucesivas sentencias han ido delimitando los límites del derecho a la información, de tal forma que nos encontramos con resoluciones en ambos sentidos, en función de la casuística específica ante la que se encuentre.

En cualquier caso, de los límites generales que establece el 197 LSC, ya hemos visto que no sobrepasa ni los temporales ni puede considerarse que afecta al interés general de la sociedad dada la participación del 25% con la que cuenta la socia Dña. Sonia. Sólo resta, por tanto, entrar a valorar si la información solicitada puede considerarse necesaria para la tutela de los derechos de los socios, es decir, si la información es pertinente y adecuada para deliberar sobre los asuntos a tratar en la junta general ordinaria.

A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de diciembre de 2003³⁴, considera que no se vulnera el derecho del socio que solicita información relacionada con *“la contabilidad pormenorizada que mantenía la empresa con cada entidad crediticia”*, y cuyo conocimiento se reserva a los auditores y considera *“válido y eficaz el acuerdo denegatorio de información, que estaba suficientemente justificado, ya que el recurrente lo que en realidad pretendía era controlar toda la actividad comercial de la sociedad y estrategia empresarial”*, en un caso, además, en el que el socio no contaba con el blindaje que le otorga la ley al socio que acumule el 25% del capital social.

Sin embargo, en una sentencia que resuelve un caso similar al presente, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2010³⁵ se estima que se ha producido una violación del derecho de información del socio que solicita diversa información contable, entre la que figura un resumen anual de ingresos a cuenta del IRPF, argumentando que *“no cabe cercenar el ámbito del derecho de información y ceñirlo al*

³⁴ RJ 2004\187.

³⁵ RJ 2011\1171.

examen de las cuentas anuales” sino que comprende cualquier otro tipo de documentación cumpliendo “con el deber de transparencia en la gestión social y que permitan al socio el control razonable del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad en relación con la actividad de la sociedad”.

Apoyándonos en este último criterio del alto tribunal, por las similitudes con nuestro supuesto de hecho, podemos razonablemente concluir que la negativa a entregar la documentación referida a las declaraciones tributarias de IVA e IRPF suponen una vulneración del derecho de información que asiste a la socia D. Sonia, no solamente para enjuiciar y decidir sobre los asuntos sociales con mayor conocimiento de la realidad económica de la sociedad, sino también para controlar la actuación de los administradores en sus funciones gerenciales de la sociedad.

De todas formas, aunque el socio no persiga la anulación del acuerdo social³⁶, la ley sí le faculta para exigir el cumplimiento de su obligación al administrador y, en su caso, a reclamarle los daños y perjuicios causados a raíz de haber quebrantado su derecho (art. 197.5 LSC).

³⁶ En caso de que el socio persiguiese la anulación del acuerdo social, habría que atenerse a lo previsto en el art. 204.3.b) LSC que dice lo siguiente: *“La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”.*

V. INFORME SOBRE LA VALIDEZ DE LA JUNTA UNIVERSAL DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2013 Y DEL ACUERDO SOCIAL ADOPTADO

V. 1. Validez del acuerdo social

El presupuesto de la eficacia de los acuerdos sociales, como señala SÁNCHEZ CALERO, es *la correcta formación de la voluntad social dentro de los cauces de la legalidad*³⁷. En caso de que los acuerdos sean contrarios a la ley, a los estatutos o que lesionen el interés social en beneficio de un tercero, podrán ser impugnados y cancelados sus efectos jurídicos, conforme al artículo 204 LSC.

Conviene señalar que la LSC distingue entre acuerdos de nulidad absoluta y otros de nulidad relativa cuyo defectos pueden ser subsanados por el mero paso del tiempo. Se tratará de acuerdos nulos cuando éstos sean contrarios a la Ley, entendida en el sentido amplio de todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la LSC, y serán acuerdos anulables en los demás casos.

Pues bien, la LSC establece que para la válida constitución de la Junta Universal, es requisito fundamental la *presencia* o representación de la totalidad del capital social y que éstos consientan por unanimidad la celebración de la reunión³⁸. Por el contrario, en caso de ausencia de los socios, no puede considerarse válidamente constituida esa Junta y por tanto los acuerdos ligados a ella pueden ser impugnados porque no son expresión de la voluntad social, si no que su concepción se ha gestado al margen de la legalidad.

El acuerdo de la Junta General de 25 de noviembre resulta claramente contrario a la Ley en estos términos, ya que deriva de una fraudulenta constitución de la voluntad social. El administrador ha llevado a cabo una simulación total de la junta general mediante la falsificación de las firmas de todos los socios³⁹ - para que ésta tuviese carácter universal - en un acta que además recogía un acuerdo que redundaba en su propio beneficio, ya que se aprobaba una remuneración para el cargo que él mismo ostentaba.

Tal Junta General no se ha convocado ni celebrado, por lo que no ha contado con la presencia de los socios que representan a la totalidad del capital social que, como decíamos, es requisito esencial para la válida celebración de la Junta Universal.

No cabe duda pues, de que estamos ante un acuerdo nulo por inexistente, no estaba presente la totalidad del capital social como exige la LSC para la válida constitución de la Junta General Universal, y para acreditar una realidad jurídica totalmente inexistente, se ha confeccionado un acta ficticia⁴⁰ que recoge la celebración de una junta que no se

³⁷ SÁNCHEZ CALERO F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pp. 500-508.

³⁸ Artículo 178.1 LSC.

³⁹ El artículo 97 del Reglamento del Registro Mercantil exige que el acta de la junta universal vaya firmada por todos los socios.

⁴⁰ Ver Anexo nº4.

había celebrado y la adopción de un acuerdo sobre la remuneración del administrador que no se había tomado, con ánimo inequívocamente lesivo para la sociedad.

La falsificación de las firmas de los socios, además de constituir un posible ilícito penal, como veremos a continuación, pone de manifiesto un vicio esencial de la formación de la voluntad de la junta general que, independientemente del contenido del acuerdo, adolece radicalmente en causa de nulidad por ser contrario a la ley. Además, por razón de su causa, procede considerar este acuerdo contrario además al orden público, presupuesto que recoge el art. 205 LSC y para el que la ley garantiza que la acción de impugnación *no caducará ni prescribirá*, ya que debido a su nulidad radical no puede entenderse que sean subsanables por prescripción.

Así lo establece el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de abril de 2010⁴¹, en la que dictamina que *la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 LSA - la presencia de todo el capital - se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron*".

Cierto es que resulta complicado establecer los límites interpretativos del concepto de "orden público", que en principio alude a aquellos principios jurídicos, públicos y privados, económicos y políticos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social. Sin embargo resulta indudable su vulneración en el caso que nos ocupa, ya que se ha producido *una actuación falsaria que vulnera frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable*⁴².

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 24 de julio de 2006⁴³, argumentando que se vulnera *"el orden público social, certificando como Universal una Junta que nunca lo fue"*, debido a que en el caso de autos no se encontraba tampoco reunido todo el capital social.

Por tanto, la jurisprudencia entiende que dar carácter de Universal a una Junta que, además, nunca se produjo, atenta contra el orden público y debe entenderse extendida la garantía para la acción de impugnación de dicho acto, más allá del plazo de caducidad de un año que rige en los casos generales de acuerdos nulos.

Están legitimados para instar la nulidad del acuerdo cualquiera de los socios, incluso un tercero que acredite interés legítimo. Además, como decíamos, al resultar el acuerdo contrario al orden público y tratarse de una nulidad radical, pueden ejercer la acción de impugnación sin límite temporal alguno. Eso sí, el éxito de la impugnación del acuerdo depende de que los recurrentes puedan probar que efectivamente las firmas recogidas en el acta han sido falsificadas y no se corresponden con sus titulares.

⁴¹ RJ 2010\3538.

⁴² Fundamento 4º de la STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\3608).

⁴³ AC\2006\1531.

V. 2. Responsabilidad del administrador

Desde la fecha en que se recoge el acuerdo social y la fecha en que se ha tenido conocimiento por parte de los socios de su irregularidad, ha mediado un periodo de tiempo en el que, muy probablemente el administrador haya puesto en marcha el contenido de ese acuerdo, que ahora sabemos fraudulento. Se trata de la aprobación de una remuneración de 50.000€ para el administrador, aún cuando esta previsión no se recoge en los estatutos y el cargo se presume gratuito conforme a la LSC.

La LSC establece un régimen de responsabilidad para los administradores⁴⁴ que hayan ocasionado daños patrimoniales a la sociedad derivados de una actuación negligente contraria a la Ley (art.236.1 LSC).

Dicho acuerdo, al quedar sin efecto, no da cobertura a los ingresos que el administrador haya podido percibir en concepto de retribución, y que suponen un importante deterioro económico para la sociedad. Para la protección y defensa del patrimonio social, la LSC articula el ejercicio de la acción social de responsabilidad con el objetivo de reparar el daño causado por la conducta ilícita del administrador y cuya admisión supondrá el deber del administrador de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas.

El criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2012⁴⁵ así lo certifica, considerando probado, en un caso similar, que ha existido un comportamiento antijurídico imputable al administrador y que éste ha ocasionado un daño al interés social, y ordena la restitución de las retribuciones indebidamente percibidas, argumentando que *“esta situación revela, sin otras consideraciones, que la percepción de esta retribución devenía absolutamente perjudicial para ella [la sociedad], en beneficio propio más allá de lo permisible y de lo que un ordenado empresario podía recomendar, máxime si con ello sólo a él se le beneficiaba”*.

V. 3. Posibles responsabilidades penales del administrador

Tomando como veraces las declaraciones de los socios, que niegan su presencia y firma en el acuerdo de la Junta simulada por el administrador D. Héctor, podríamos encontrarnos ante la comisión de dos posibles delitos societarios: Falsedad societaria y apropiación indebida.

V. 3. a) Delito de falsedad societaria

El acto de falsificación del acta llevada a cabo por el administrador encaja con la conducta típica del delito de falsedad societaria del art. 290 CP, que sanciona a los

⁴⁴ Sin perjuicio de que de la actuación del administrador pueda dar lugar a responsabilidades de otro tipo, por ejemplo, penales, como veremos más adelante.

⁴⁵ RJ 2012\8853.

administradores *que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*, con el objetivo de causar un perjuicio económico a la misma y cuya pena aparejada oscila entre uno y tres años de prisión y seis a doce meses de multa.

Conviene precisar que la conducta típica como acto de “falsear” comprende cualquiera de las modalidades que integran el tipo del 390 CP⁴⁶, falsedad material o ideológica y que, al tratarse de documento mercantil, encaja con la conducta tipificada de este delito, pero procede resolver este concurso de leyes a favor del delito del art.290 CP de falsedad societaria en virtud del principio de especialidad recogido en la regla del art. 8.1º CP.

Pues bien, nos encontramos aquí con lo que se denomina como “norma penal en blanco”, debido a que para desarrollar uno de los elementos objetivos del tipo, tendremos que acudir a otra normativa, en este caso la mercantil societaria. A efectos del CP⁴⁷, el concepto de “documento” no responde a la especificidad de la materia societaria de que la que aquí se trata, por ello nos dirigiremos a la normativa mercantil para determinar que los documentos referidos en el tipo consisten en documentos contables, que no sólo son las Cuentas Anuales, sino también balances y otros documentos que reflejen la situación jurídica de la sociedad entre los que se encuentra el propio acta de la Junta General⁴⁸.

El acta es un documento perfectamente propicio para falsear su redacción, de tal forma que se altere o distorsione lo realmente sucedido en la junta o si se ha celebrado válidamente la junta, como en el caso presente. Un contenido del acta que no se corresponda con la realidad social que pretende recoger, un acuerdo allí transcrito que no concuerda con la voluntad manifestada de los socios, da lugar a una deformación total de la situación jurídica de la sociedad que debe tener, sin duda, un reproche penal.

El sujeto activo del delito es D. Héctor, administrador único de NITROX S.A., que es quien realiza el comportamiento típico consistente en falsear por completo el documento social, que recoge un acuerdo que nunca se tomó en una junta que no se produjo. Esta simulación total del documento que, además supone la intervención en él de personas que no la han tenido, es el elemento clave que nos permite considerar los hechos conformes con la conducta típica del art. 290 CP.

Pero además, el precepto exige que quien haya falseado el documento haya actuado con la finalidad de ocasionar un perjuicio económico y que el documento sea el vehículo idóneo para ello. Resulta evidente que así fue, ya que el contenido del acuerdo consistió en la aprobación de una remuneración de 50.000€ para el administrador, el sujeto activo del delito, lo que supondrá sin duda un grave deterioro económico para la sociedad que no dispone de previsión estatutaria alguna para remunerar a su órgano de administración.

⁴⁶ Referido a las falsedades documentales.

⁴⁷ Art.26 CP: “*Todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”.

⁴⁸ En este sentido, fundamento primero de la STS de 2 de abril de 2013 (RJ 2013\6695).

Sin embargo, no es necesario que se verifique el perjuicio económico, ya que estamos ante un delito considerado “de riesgo” y no de resultado⁴⁹, basta con que el falseamiento del documento sea apto para producir ese menoscabo patrimonial a la sociedad. Si efectivamente llega a producirse el cobro de la remuneración, como presumimos que así ocurre, además de la obligación de restituir el daño y de indemnizar por el perjuicio material y moral, procederá considerar la pena en su mitad superior.

El bien jurídico afectado con esta conducta ilícita del administrador es la confianza y la buena fe que han de regir las relaciones comerciales, en un sentido más amplio podemos considerarlo como el orden socioeconómico y en sentido más específico, como refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2015⁵⁰, “*el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad*”.

V. 3. b) Delito de apropiación indebida

Los actos llevados a cabo por D. Héctor, como administrador de la entidad, encajan también con la definición del delito de administración desleal descrito en el art. 295 CP⁵¹ y aplicable a “*los administradores de hecho o de derecho [...] 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*” en perjuicio objetivo para la sociedad que administran, y al que la norma atribuye una pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa de tanto al triplo del beneficio obtenido.

Pero también es cierto que existe cierto paralelismo entre el delito de administración desleal (art. 295 CP) y el delito de apropiación indebida (art. 252 CP). El segundo se refiere a aquellos que *se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos*”. Efectivamente las conductas típicas contienen elementos coincidentes y en este caso, para resolver el concurso de normas, procede aplicar el principio de alternatividad (art.8.4º CP), en virtud del cual resultará aplicable el que lleve aparejada una pena mayor⁵².

Atendiendo al valor de la cantidad indebidamente percibida por D. Héctor, que desde el 25 de noviembre de 2013 ha estado percibiendo 50.000€ anuales, procede la aplicación del delito de apropiación indebida, ya que éste observa una pena de un año a seis años

⁴⁹ NEILA NEILA, J. M.: *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 105-106.

⁵⁰ JUR 2016\3720.

⁵¹ Precepto suprimido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pero vigente al tiempo del caso que nos ocupa.

⁵² Siguiendo la interpretación del TS en sentencia de 6 de junio de 2012 (RJ 2012\9051).

de prisión y multa de seis a doce meses cuando el valor de lo sustraído supere los 50.000€⁵³.

El bien jurídico que protege este precepto es el propio patrimonio del sujeto pasivo, en este caso NITROX S.A., que se ve afectado mediante la detracción del activo de la sociedad una cantidad (a razón de 50.000€ anuales) que le ocasiona un perjuicio a la entidad, e indirectamente, a los socios.

El sujeto activo aquí es D. Héctor, que lleva a cabo la conducta típica consistente en disponer para sí de los bienes sobre los que es administrador en virtud de un tercero, lo que implica un incumplimiento definitivo de sus obligaciones como administrador, de conservar y velar por el patrimonio social. En este caso se ha valido de la falsificación documental para obtener unos ingresos en concepto de retribución como administrador, pretendía con ello amparar su conducta que no puede ser calificada de otra forma más que de apropiación indebida.

Entendemos que concurre pues un concurso medial entre los dos delitos, de tal forma que la actuación delictiva constituye estos dos delitos de falsedad societaria y apropiación indebida, siendo el primero un medio imprescindible para la realización del otro. La pena entonces que resultará aplicable será una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos⁵⁴, dentro de lo cual será el juzgador quien deba individualizar la pena que corresponda al caso.

El todo caso, nos encontramos ante dos delitos totalmente distintos, que protegen bienes jurídicos diferentes que se han visto afectados por la actuación del sujeto activo y, por lo tanto, ninguna parte injusta del hecho puede quedar sin respuesta penal⁵⁵.

⁵³ El precepto remite al art.250 CP para definir la pena, que se fija de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando se verifique una serie de supuestos entre los que se encuentra el 250.1.5º: “*Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros*”.

⁵⁴ Art.77 CP.

⁵⁵ STS de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004\8091).

VI. INFORME SOBRE LA LEGALIDAD DE LA COMPRAVENTA DE LA NAVE Y POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES

VI. 1. Legalidad del contrato de compraventa

En mayo de 2014, los socios deciden celebrar, supuestamente, un contrato de compraventa entre NITROX S.A. y SOLYPLAYA S.A., cuya socia única es Ana, en virtud del cual la primera entrega la nave donde se lleva a cabo la actividad económica. Con este negocio, los socios pretenden crear la apariencia de una compraventa pero, de facto, la situación continúa siendo la misma, ya que siguen haciendo uso del inmueble y no se ha recibido retribución alguna que beneficie a NITROX S.A. por la pérdida patrimonial sufrida. Nos encontramos entonces realmente, ante una donación oculta bajo la apariencia de una compraventa. El precio nunca llega a incorporarse al patrimonio de NITROX S.A. aunque se reconoce en la contabilidad el importe como recibido, y el inmueble sí llega a transmitirse y entrar a formar parte del activo de la compradora.

El relato de los hechos pone de manifiesto, pues, que los socios han creado una situación jurídica ficticia a través de un contrato de compraventa aparente, que no se corresponde con la situación de hecho ante la que nos encontramos.

Éste es un caso claro de simulación contractual, para cuya definición acudimos a las palabras de FERRARA que define la simulación contractual como *la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo*⁵⁶.

Así se verifica en el supuesto de hecho, donde bajo la apariencia de una compraventa se pretende esconder una liberalidad que NITROX S.A. realiza a favor de una sociedad controlada, a su vez, por uno solo de sus socios. Pero ni siquiera es su voluntad la de desprenderse de la posesión del inmueble, ya que es allí donde necesariamente realizan la actividad económica y trabajan sus empleados, lo que lo convierte en un elemento del activo fundamental para desarrollar la vida económica y jurídica de la sociedad. Por lo tanto, con este negocio jurídico, NITROX S.A. persigue mantener el uso y disfrute de la nave pero, por otro lado, sacarlo de su esfera patrimonial e incorporarlo al de un tercero con el que existe, además, un vínculo notorio entre sus socios.

El art. 1261 CC declara que *no hay contrato* si no concurren los requisitos fundacionales de consentimiento, objeto y causa. La simulación contractual es entendida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como relativa a un vicio de la causa negocial⁵⁷ y no de la declaración de voluntad de las partes. Se produce la

⁵⁶ Véase CARCABA FERNANDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 23.

⁵⁷ Artículo 1275 CC: “*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*”.

simulación cuando la causa que se expresa en el contrato no existe, sino que se persigue otra finalidad jurídica.

Además, para el caso en el que lo que se transmitan sean inmuebles, el CC establece una regulación específica⁵⁸ para la donación de los mismos que incluye la necesaria forma de escritura pública que ha de contener este negocio jurídico. Sin embargo, no se puede considerar suficiente la existencia de escritura pública para cumplir este requisito formal, como mantiene parte de la doctrina⁵⁹, sino que debe constar el “*animus donandi*” porque en una compraventa simulada *el contenido y, sobre todo, el consentimiento y la causa, son de venta y no de donación*, y no podemos pretender afirmar que si las partes declaran que una compra y otra vende, en la escritura pudiese constar que una dona y otra acepta.

Aún con todo, el Código Civil no presenta una ordenación sistemática de la problemática de la simulación y ha sido la jurisprudencia la que ha delimitado las formas de simulación de los contratos, que ha establecido como absoluta y relativa. Será absoluta cuando el contrato carezca de causa y no exista voluntad de que despliegue efectos jurídicos, mientras que será relativa cuando el negocio creado externamente no sea el que quieren las partes, sino que lo que buscan es otro negocio jurídico diferente.

Se trata, en el caso que nos ocupa, de una simulación relativa, donde la pantalla de la compraventa encubre una donación y resulta pues, a nuestro entender, nula. Así lo comparte también el Tribunal Supremo, que ha fijado su posición definitiva sobre esta materia en jurisprudencia reciente, concluyendo que resultando nula la compraventa, no puede mantenerse la validez tampoco del negocio encubierto que realmente se pretende, la donación. La sentencia del Tribunal Supremo de 16 enero de 2013⁶⁰, y que fija doctrina sobre este asunto, razona que “*la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo animus donandi del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública [...] En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos*”.

Queda probado pues, que con este negocio jurídico se pretende que la situación de derecho no coincida con la de hecho, es decir, no existe voluntad de las partes de que el contrato despliegue sus efectos jurídicos. Resulta evidente que los socios pretenden *burlar a los terceros*⁶¹, haciéndoles creer en la existencia de algo que no tiene entidad.

⁵⁸ Artículo 633 CC: “*Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.*

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras”.

⁵⁹ Véase a este respecto CARCABA FERNANDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp.77-82.

⁶⁰ RJ 2013\2407.

⁶¹ Véase CARCABA FERNANDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 23.

Es más, la auténtica voluntad de los socios es la de poner a salvo el elemento más valioso que posee la sociedad, colocarlo fuera de su esfera patrimonial con la vista puesta en la penosa situación económica que atraviesa la sociedad, que puede poner en riesgo los activos de los que dispone para hacer frente a sus acreedores.

VI. 2. Reintegración a la masa del concurso

Sin unas previsiones económicas que auguren su recuperación, los socios prevén que la sociedad pueda incurrir en una situación de insolvencia – como así ocurre solamente doce meses después – ante la que tendrán que poner a disposición de los acreedores todo el patrimonio que disponga la entidad a la fecha. Es así que, con el objetivo de vaciar patrimonialmente a la sociedad, transmiten su elemento más valioso, la nave industrial en la que trabajan.

Pues bien, en el marco del procedimiento concursal⁶², en el que la sociedad se ve inmersa a partir del 5 de mayo de 2015, la LC prevé el ejercicio de la acción de reintegración por parte del administrador concursal para evitar este fraude a sus acreedores, cuyo objetivo es rescindir este tipo de actos perjudiciales para la masa activa del concurso.

El art.71 LC, que regula la acción, declara que serán rescindibles aquellos actos que hayan ocasionado un perjuicio a la masa activa dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso y, añade, *aunque no haya existido intención fraudulenta*. Por lo tanto se establece un criterio objetivo para determinar qué actos pueden ser objeto de la acción de reintegración, simplemente con que hayan producido un menoscabo a la masa activa⁶³ y éstos se hubieran realizado en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

En este caso, se cumplen ambos términos, ya que el contrato se formaliza en mayo de 2014, cuando la declaración del concurso se produce a raíz de la solicitud del administrador el 5 de mayo del año siguiente y, por otro lado, la nave objeto de transmisión constituía el activo de más valor de la sociedad y además no se ha recibido contraprestación alguna que compense el desplazamiento patrimonial.

El mismo criterio sigue la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012⁶⁴, que entiende acreditado el perjuicio cuando “*desaparece el principal activo de la compañía*”, que había sido vendido por un precio considerablemente inferior al de mercado. Los efectos de la estimación de la acción por parte del juzgador será la declaración de ineficacia del negocio y la orden de restituir la cosa *con sus frutos e intereses*⁶⁵.

⁶² Véase BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil V.II*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 628 – 639.

⁶³ El art. 71 LC desarrolla un sistema de presunciones para declarar cuándo se produce el perjuicio a la masa activa.

⁶⁴ RJ 2013\913.

⁶⁵ Art. 73.1. LC.

VI. 3. Posibles responsabilidades penales de los socios

Los socios han podido incurrir en un delito de alzamiento de bienes, recogido en el art. 257.1 CP⁶⁶, que condena con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien “*se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores*” mediante “*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*”

El término “alzarse” se refiere a la sustracción de los bienes propios destinados al cumplimiento de las obligaciones contraídas, ya sea mediante una ocultación material o mediante operaciones jurídicas simuladas, con el fin de mostrarse real o aparentemente insolvente. La actuación de los socios encaja con esta conducta típica, ya que han realizado una enajenación ficticia de un bien del deudor, que estaba destinado a responder de las deudas de la entidad como parte integrante de su patrimonio social.

El bien jurídico protegido por la norma penal es la satisfacción del derecho de crédito de los acreedores, que ven frustrado su derecho por una actitud fraudulenta del deudor que les impide realizar su crédito contra su patrimonio en los términos de la responsabilidad patrimonial universal definida en el artículo 1911 del CC⁶⁷. Se considera también que se ve afectado, en un sentido más amplio, el interés colectivo en el buen funcionamiento de sistema económico crediticio.

Uno de los elementos fundamentales del tipo es la existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor y, consecuentemente, la existencia de una contraprestación por parte del deudor. En principio estas deudas debían corresponderse con obligaciones vencidas, líquidas y exigibles, aunque la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo considera que se realiza este ilícito penal cuando todavía no exista la deuda como vencida, líquida y exigible⁶⁸.

El legislador ha querido prevenir aquí que el deudor realice de manera impune el alzamiento de bienes con anterioridad al vencimiento de la deuda, de tal forma que, anticipándose a ello y con al antelación suficiente, realice las actuaciones elusivas en previsión de que tendrá que responder a esa deuda con sus bienes al tiempo. Por lo tanto, para que se cumpla este elemento objetivo del tipo, es suficiente con que existan obligaciones previas al ocultamiento de los bienes para entender realizado el tipo⁶⁹.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de febrero de 2005⁷⁰, resolviendo un caso similar, argumenta: “*lo razonable es inferir que dicho traspaso de bienes se hizo precisamente para eludir las responsabilidades económicas al ser previsible, que la querellante acudiera al Juzgado en reclamación de su crédito*”. Pues

⁶⁶ A la fecha enmarcado dentro del Capítulo VII del CP rubricado “De las insolvencias punibles”.

⁶⁷ Artículo 1911 CC: “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”.

⁶⁸ Véase NEILA NEILA, J. M.: *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012, p.314.

⁶⁹ NEILA NEILA, J. M.: *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, cit., pp. 313-314.

⁷⁰ JUR 2005\80575.

bien, del mismo modo aquí los socios han vaciado de contenido patrimonial a la entidad desviando su activo más importante, con el fin de impedir la realización de los créditos de los acreedores, que a la fecha de lo sucedido ya atraviesan problemas para conseguir satisfacer sus derechos.

En este caso el deudor es una persona jurídica, por lo que la autoría corresponde a *quien actúe como administrador de hecho o de derecho* (art. 31 CP) de la entidad en la que concurre la figura del delito. El sujeto activo sería, pues, D. Héctor que actúa en calidad administrador en la formalización de la compraventa, pero corresponde también declarar como cooperadores necesarios con arreglo al art. 28 CP a los restantes socios, Dña. Mercedes, Dña. Ana y Dña. Sonia, por cuanto han colaborado eficazmente, mediando acuerdo entre ellos, en la acción defraudatoria⁷¹.

Podría considerarse que a Dña. Mercedes y Dña. Sonia correspondería aplicarle el estatus de cómplices, debido a la menor intensidad de la colaboración en el delito, en contraposición a la de Dña. Ana, que pone los medios a través de una entidad controlada por ella para llevar a cabo la transmisión en perjuicio de los acreedores de NITROX S.A. y sin cuya colaboración no hubiese sido realizable la acción. En todo caso, para el considerado como cooperador necesario podrá aplicársele la pena inferior en grado (art. 65.3 CP) mientras que para el cómplice la rebaja de la pena no es potestativa, sino imperativa (art. 63 CP).

Además, desde la reforma del Código Penal de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, puede ser igualmente condenada por este delito la persona jurídica a las penas recogidas en el art. 261 bis, que para este delito corresponderá a una multa de uno a tres años.

El resultado típico que se exige es la efectiva sustracción o distracción del bien, que obstaculice en alguna forma el cobro de las deudas sobre las que deba responder. Dado que es un delito de tendencia, basta *la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación*. Ahora bien, es necesario, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2000⁷², que no exista en el patrimonio del deudor otros bienes no ocultos que permitan prever que la ejecución de los créditos se realizará con éxito, ya que en ese caso la ocultación no será tal y resultaría inocua para los intereses ajenos al propio deudor, además no de existir entonces la necesaria intención de perjudicar a los acreedores.

El tipo subjetivo del delito, pues, requiere el ánimo doloso dirigido a dificultar o impedir el cobro por parte los acreedores. Como decíamos, al tratarse de un delito de tendencia, es suficiente con que exista ese propósito de perjudicar, aunque finalmente el acreedor consiga ver satisfecho su derecho, por ejemplo, en el marco del procedimiento concursal posterior.

Señala el precepto en su apartado 5, que este delito “*será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal*”, lo que recalca que ambos

⁷¹ Véase FJ 1º de la STS 1962/2002 de 21 de noviembre, sobre la clasificación como cooperador necesario del socio colabora con la acción delictiva con pleno conocimiento y actuando mediante acuerdo con el administrador.

⁷² RJ 2000\10321.

procedimientos son independientes, y que no resulta vinculante lo que pueda sentenciarse en el orden civil con respecto al concurso, aunque existe una innegable correspondencia.

VII. INFORME SOBRE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES

VII. 1. Calificaciones del concurso de acreedores

La calificación del concurso, desarrollada en el Título VI de la Ley Concursal, es la sección sexta y última dentro del procedimiento concursal. En ella se pretende valorar la conducta del deudor en relación a las causas que motivaron el concurso. En función de que las actuaciones de los representantes de la sociedad hayan provocado o agravado la insolvencia que dará lugar a la declaración de concurso⁷³, procederá calificar el concurso como *culpable o fortuito*, según indica el art.163 LC. Esta calificación tiene por objeto sancionar civilmente dicha actuación culpable, sin perjuicio de que las mismas conductas puedan constituir delito con arreglo a la normativa penal⁷⁴.

Como última sección del proceso, no siempre se decreta su apertura, sino que sólo procederá cuando no se haya formalizado un convenio judicial que reconozca una quita inferior al tercio de los créditos o con espera menor de 3 años, lo que suele denominarse “convenio no especialmente gravoso para los acreedores”⁷⁵. La *ratio* que motiva esta excepción se basa en la aplicación del principio de proporcionalidad y que atiende a la solución del concurso, en el que se acuerda una quita o una espera baja. Aunque bien es cierto que aún en esos casos, el deudor concursado pudiera haber incurrido igualmente en una insolvencia culpable causando un daño injustificado a los acreedores, por pequeño que éste fuese.

El procedimiento de la sección de calificación termina con la declaración del concurso como fortuito o culpable, para lo que habrá que valorar si se ha producido algún acto que haya podido provocar o agravar la insolvencia y que sea imputable a los representantes sociales.

El resultado de la calificación tiene un interés sustancial en cuanto a la extensión de la responsabilidad del administrador por las deudas sociales, ya que en caso de resultar calificado como culpable, éste tendrá que hacer frente a las mismas con sus bienes particulares.

Sabemos que el 5 de mayo de 2015 el administrador solicita la declaración del concurso y que desde el 25 de noviembre de 2013 éste ha estado percibiendo una remuneración de 50.000€ anuales de manera indebida, además de haberse producido la donación encubierta de la nave donde trabajan sus empleados realizada por acuerdo entre los socios en mayo de 2014.

⁷³ Ver Anexo nº5.

⁷⁴ Así lo declara el art. 163.2: “La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito” y quedan recogidas las conclusiones en el informe anterior.

⁷⁵ También en el caso en el que el convenio resulte incumplido. Véase a este respecto MENÉNDEZ, A. Y ROJO, Á.: *Lecciones de Derecho Mercantil. El Derecho Concursal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, p.64.

Tendremos que determinar si esas actuaciones han influido de manera decisiva en la actual situación de insolvencia de la sociedad con total conocimiento de sus consecuencias por quienes las realizaron, provocando el perjuicio de los acreedores que no podrán ver satisfecho sus derechos de cobro ante NITROX S.A. y puede ser calificado el concurso como culpable.

VII. 2. Calificación del concurso como culpable

El artículo 164 LSC define el concurso como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor que, en el supuesto de persona jurídica, se concreta en la figura del administrador.

Es necesario señalar que esta valoración la tendrá que realizar el juzgador a la luz del caso concreto de que se trate, ya que el riesgo es inherente a la actividad empresarial y la crisis económica a la que se pueda ver abocada una entidad puede responder a múltiples factores tanto internos como externos. Habrá que atender pues, no al resultado mismo de quiebra de la sociedad, sino a si la conducta del deudor ha respondido a los principios de diligencia debida y de actuación de buen empresario que el ordenamiento jurídico le impone.

Sin embargo, el segundo párrafo del 164 LSC establece unas presunciones *iuris et de iure*⁷⁶, en base a las que procederá en todo caso declarar el concurso como culpable. Encontramos aquí una previsión que encaja con la situación a la que ha devenido la empresa NITROX S.A. Se refiere el apartado 4º a aquellos supuestos en los que el *deudor se hubiera alzado con parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores*⁷⁷. Es preciso pues, a efectos de la calificación, no solamente que ciertos bienes del deudor hayan salido de su patrimonio sino que además debe concurrir el ánimo de éste de perjudicar a sus acreedores o dificultar en alguna forma la realización de su cobro.

Esta previsión legal pretende proteger a los acreedores manteniendo la integridad e la masa pasiva y asegurándose de que regresen a la masa activa los bienes de los que se haya dispuesto de manera fraudulenta.

Aún así, recoge también el precepto otra previsión clásica del derecho concursal, que se refiere a aquellos supuestos en los que, en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieran salido bienes del patrimonio del deudor de manera dolosa (164.2.5ª). Se establece así un periodo de dos años de sospecha sobre las disposiciones de bienes o derechos, ya sea mediante transmisión onerosa o lucrativa, que pueden resultar revocadas en el procedimiento concursal para dar satisfacción a los acreedores.

En relación a la retribución indebidamente percibida por el administrador D. Héctor, si bien ha perjudicado claramente al patrimonio de la sociedad, su deber de reintegración a la caja de la sociedad recae en la propia nulidad del acuerdo en que se fundamenta,

⁷⁶ También se recogen en el artículo 165 LSC presunciones *iuris tantum* en relación a la culpabilidad del concurso, contra las que puede presentarse prueba en contrario.

⁷⁷ Con independencia de la eventual responsabilidad penal derivada del art. 257 del CP.

aunque probablemente también haya contribuido a deteriorar la situación económica de la entidad que ha terminado en la solicitud de declaración de concurso un año y medio más tarde. Sin embargo, aunque no consta que haya existido por parte del administrador una intención específica de perjudicar a los acreedores, sin duda esta conducta supone una contribución al vaciamiento del patrimonio de la sociedad y en todo caso una salida fraudulenta de bienes de la sociedad en el sentido del art.164.2.5ª LC y ocurrida dentro del periodo de dos años que fija la LC.

Asimismo, la disposición de la nave en la que trabajan los empleados de NITROX S.A., que previamente hemos calificado como un posible delito de alzamiento de bienes, corresponde aquí en el ámbito concursal subsumirla en la previsión del art.164.2.4º, ya que el acuerdo que medió entre los socios para detraer del activo social de NITROX S.A. el inmueble se vio motivado exclusivamente en las malas previsiones económicas que le auguraban a la sociedad. Es precisamente cuando los socios se dan cuenta de que la sociedad comienza a tener dificultades para hacer frente a los gastos y obligaciones contraídas, motivados por una fuerte caída de las ventas, que buscan una manera de poner a salvo el inmueble de los acreedores, tratándose además del activo de más valor de la entidad.

Encuentran la forma mediante la simulación de un contrato de compraventa que en realidad encubre una donación a uno de los socios, y cuyo objetivo es desafectarlo de las deudas sociales mientras continúan beneficiándose gratuitamente de su uso y disfrute como lugar de trabajo. Esto evidencia que su voluntad real no era la de transmitir la nave, ya que no buscaron un lugar alternativo para ejercer la actividad y continuaron como si no se hubiera producido cambio alguno.

Procede pues, en vista de que se cumplen los presupuestos absolutos que fija el art. 164, calificar el concurso como culpable, lo que deberá reflejarse en la sentencia de calificación y cuyos efectos se extenderán a todas las personas afectadas por la misma.

VII. 3. Personas afectadas por la calificación

En la sentencia que declara el concurso como culpable, deberá contener también un pronunciamiento sobre las personas afectadas por la calificación y, en su caso, las declaradas como cómplices. Así lo expresa el art.172.2.1º LC, que utiliza el concepto de “personas afectas por la calificación” como una prolongación del término estricto de “concurrido”⁷⁸ y que, en el caso de las personas jurídicas, se refiere a los administradores (o liquidadores), de hecho o de derecho dentro de los dos años anteriores a la fecha del concurso, los socios en determinadas circunstancias y los cómplices, esto es, las personas cuya conducta haya contribuido, en mayor o menor medida al actual estado de insolvencia de la entidad.

Igualmente se asimilan a la condición de afectados por la calificación la figura de cómplice, definida el art.166 LC, como aquella persona que hubiera cooperado con el deudor o sus representantes, de forma dolosa, para la realización de cualquier acto que haya sido fundamento de la calificación del concurso como culpable.

⁷⁸ BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil* V.II, cit., p. 677.

Como hemos concluido anteriormente, la salida del patrimonio de la concursada NITROX S.A. de su activo más importante, ha contribuido a agravar el estado de insolvencia hacia el que se encaminaba la entidad. Dado que es el administrador quien actúa por cuenta de la sociedad, procede considerarlo como persona afectada por el concurso.

Bien es cierto que dicho acto de disposición se llevó a cabo con la anuencia y colaboración de todos los socios, procede considerar entonces como personas afectadas por la calificación también a los socios Dña. Sonia, Dña. Mercedes y Dña. Ana en calidad de cómplices.

Comparte este parecer el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra que en sentencia de 21 de julio de 2010⁷⁹ declara el concurso culpable de una entidad en la que se ha producido una enajenación fraudulenta de bienes y en la que resultan afectados por la calificación el administrador así como otro socio que no ejerce labores de administración⁸⁰ pero que consintió el negocio. El juzgador falla amparándose en que *“no cabe ninguna duda de que ha existido una actuación dolosa, o como mínimo gravemente negligente, de los afectados por la calificación y el cómplice, daño patrimonial a la masa activa, y una evidente relación de causalidad entre la conducta y el daño patrimonial causado”*.

Lo mismo ocurre en el caso que nos ocupa, donde resulta claro que los socios actuaron de manera claramente negligente al vaciar del patrimonio de NITROX S.A. su elemento más valioso, que existió pues, daño patrimonial a la masa activa y que entre ambas existe alguna relación de causalidad.

También procede considerar como cómplice a SOLYPLAYA S.L., cuya socia única es, a su vez socia de NITROX S.A. y que ha colaborado y ha sido parte necesaria para la persecución de ese fin ilícito. En similares circunstancias resulta calificada también como cómplice una entidad que participa en una venta simulada en la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 22 de marzo de 2012⁸¹, que entiende que *“la entidad apelante colaboró en los actos de simulación para lograr el traspaso de titularidad de los vehículos de la sociedad concursada a otra entidad bajo el control del mismo administrador”*.

También exige el art.172.2.2º LC que se recoja en la sentencia de calificación pronunciamiento sobre los efectos de la calificación del concurso como culpable para las personas afectadas.

En primer lugar, considera la ley sanción inexcusable para los afectados la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona, por un plazo de dos a quince años, en función de la gravedad de los hechos que deberá ser determinada e individualizada por el juzgador.

⁷⁹ AC\2011\601.

⁸⁰ Aunque podría considerarse administrador de hecho por su intervención en las operaciones sociales, pero el Tribunal reconoce su dificultad probatoria. Lo mismo podría ocurrir en el supuesto de hecho, dada la participación activa de los socios en la compraventa de la nave.

⁸¹ JUR\2012\130511.

Y en segundo lugar, el apartado 3º del mismo precepto ordena también incluir en la sentencia una declaración en relación a las personas afectadas o cómplices sobre la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores de la masa, además de una condena restitutoria de aquellos bienes que hubieran obtenido indebidamente así como la obligación a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Por último, es necesario destacar que la responsabilidad para el administrador puede no terminar ahí⁸², ya que es característica esencial del régimen de responsabilidad social de los administradores el hecho de que entra en riesgo su propio patrimonio personal si no actúan con la diligencia debida a un buen empresario. Al margen de que su actuación haya podido constituir un delito societario, como hemos visto, corresponderá al juez valorar si concurre también una responsabilidad concursal (art.172 bis) y condenar al administrador *a la cobertura total o parcial del déficit del concurso* con sus propios bienes, de tal forma que queden completamente satisfechos los acreedores concursales.

Tanto es así que la LC, art. 48 ter, faculta al juez para decretar el embargo preventivo de los bienes particulares del administrador, si prevé que el patrimonio de la sociedad no será suficiente para hacer frente a las deudas sociales.

⁸² Solamente procederá este supuesto específico de responsabilidad patrimonial si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art.172.3LC)

VIII. INFORME SOBRE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

VIII. 1. Créditos concursales y créditos contra la masa

Antes de entrar a valorar la actuación de la administración concursal, es necesario detenernos un momento para considerar en primer lugar la clasificación de los créditos en el concurso. Lo primero que es preciso señalar es que no todos los créditos contra el deudor concursal integrarán la masa pasiva, si no que es preciso distinguir entre créditos concursales y créditos contra la masa. Los créditos concursales los define el art. 84.1 LC por oposición a los créditos contra la masa, es decir, serán créditos concursales todos aquellos que conforme a la ley no sean calificados como créditos contra la masa.

Pues bien, los créditos contra la masa los define el mismo precepto a continuación: en principio tienen esa consideración los créditos cuyo devengo es posterior a la declaración del concurso y aquellos que responden al interés concursal⁸³, pero además, el legislador ha querido extender esta condición a ciertos créditos salariales, con el fin de otorgarles la mayor preferencia y protección posible. Tal es la heterogeneidad de esta categoría que el único elemento que tienen en común y, junto a los créditos dotados de privilegio especial, es que sus titulares tienen una alta probabilidad de ver satisfechos sus derechos⁸⁴.

Los acreedores contra la masa disfrutan de una posición privilegiada en el concurso porque la ley otorga a esos créditos las características de extraconcursalidad y prededucción. En primer lugar son créditos extraconcursales porque se encuentran totalmente al margen de la solución del concurso, bien sea por liquidación o por convenio, y de sus efectos que sí atañen a los créditos concursales, como puede ser la prohibición de compensación de deudas y créditos, la suspensión del devengo de intereses y otros⁸⁵.

Y en segundo lugar, se trata de créditos dotados de prededucibilidad, es decir, deben ser satisfechos a su vencimiento (art.84 LC) y en cualquier caso antes que los créditos concursales que tendrán que ser abonados en el momento de apertura de la liquidación o de aprobación del convenio.

Dentro de los créditos contra la masa, existen dos categorías de créditos a favor de los trabajadores que conviene diferenciar:

⁸³ BAJO GARCÍA, I.: *Crédito laboral y procedimiento concursal*, Thomson Civitas, Alicante, 2007, p. 164-167

⁸⁴ Dado que el pago de los créditos contra la masa, por su propia naturaleza, tiene un carácter preferente sobre el resto de créditos.

⁸⁵ BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil* V.II, cit., p. 614-622.

1.- Créditos salariales anteriores a la declaración del concurso (art.84.2.1º LC). En esta categoría se integran los créditos *por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo* y solamente hasta una cantidad equivalente al doble del Salario Mínimo Interprofesional. Se trata de una categoría de créditos superprivilegiados ya que, al contrario que el resto de créditos contra la masa que se abonarán al vencimiento, éstos deben satisfacerse de manera inmediata como expresamente recoge el art.84.3 LC.

2.- Créditos relacionados con la actividad durante el concurso (art.84.2.5º LC). Esta categoría incluye los gastos derivados del ejercicio de la actividad empresarial del propio deudor *tras la declaración del concurso*, incluyendo explícitamente los laborales, tanto salariales como indemnizaciones por despido, por ejemplo, todo ello hasta que se decreta el cese de la actividad o la conclusión del concurso. Estos gastos obedecen a la continuación de la actividad económica de la entidad que puede darse o no, una vez iniciado el procedimiento concursal.

Desconocemos si el crédito a favor de los trabajadores al que se alude en el supuesto se corresponde al periodo anterior o posterior a la declaración del concurso, o cuál es su naturaleza. Analizaremos a continuación los posibles escenarios ante los que podríamos encontrarnos en caso de que se tratase de una u otra categoría, partiendo de la base de que se trata en cualquier caso de créditos contra la masa y no de créditos propiamente concursales⁸⁶.

VIII.2. Crédito laboral superprivilegiado

Si nos encontramos ante un crédito salarial con un devengo anterior a la propia declaración del concurso, estaremos ante el crédito superprivilegiado del 84.2.1º, sobre el que no cabe duda de que deberá ser satisfecho de manera inmediata constituyendo pues la primera obligación a atender por el administrador concursal. Pero para que así sea, dicho crédito debe responder una serie de requisitos que exige la ley. Como indicábamos anteriormente, debe tratarse de créditos *por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración concursal y cuando su cuantía no exceda del doble del SMI*⁸⁷.

Conviene precisar que el precepto se refiere a créditos de naturaleza salarial, lo que en principio excluiría los créditos por otros conceptos como indemnizaciones o percepciones extrasalariales como por ejemplo las dietas. A falta de concreción en la naturaleza de los créditos a favor de los trabajadores a los que se alude, supondremos que se trata de créditos de índole salarial.

Para su calificación dentro de esta categoría de créditos superprivilegiados, deben darse entonces dos condiciones, una temporal y otra de cuantía. Con respecto al ámbito

⁸⁶ De tratarse de un crédito laboral concursal, no cabría duda en que la administración concursal actuó correctamente al decretar el pago un crédito contra la masa, cualquiera que fuese la naturaleza de éste, antes que un crédito propiamente concursal, que integrará la masa pasiva del concurso.

⁸⁷ Se establece así una práctica correspondencia con los créditos superprivilegiados del art.32.1 ET.

temporal, el crédito debe corresponderse con los últimos treinta días anteriores a la declaración del concurso, si bien no es necesario que esas cantidades se hayan devengado exactamente durante los treinta últimos días antes del concurso, si no que cabe una interpretación extensa de este extremo, considerando pues los últimos treinta días de trabajo del asalariado aunque se hayan generado en un periodo más largo de tiempo⁸⁸.

Con respecto al requisito cuantitativo, para fijar correctamente la cantidad de que se trata, cabe tomar como valor del SMI el vigente a la fecha en que se devengó o el de la fecha de declaración del concurso. Pues bien, la doctrina se inclina a favor de atender a la cuantía del SMI vigente a la fecha de declaración del concurso, en claro beneficio del acreedor laboral y conforme al principio de protección del trabajador que dirige todo el ordenamiento jurídico laboral.

Pues bien, el art.84.3 LC ordena que los créditos salariales que cumplan estas características sean satisfechos *de forma inmediata*, mientras que los restantes créditos contra la masa deberán hacerse efectivos a su vencimiento, sin tener en cuenta su naturaleza o el estado del concurso.

Por lo tanto, si el crédito a favor de los trabajadores de NITROX S.A. encaja en esta categoría, la administración concursal ha actuado contraviniendo los dictados de la LC, aún cuando el pago realizado se refiera a un crédito con un vencimiento anterior, ya que estos créditos en beneficio de los trabajadores gozan de una protección por parte del legislador que debe observarse con total rigor.

VIII.3. Prelación de créditos contra la masa

El criterio general para el resto de los créditos contra la masa, incluidos los laborales del art.84.2.5°, es el de vencimiento y conforme al cual ha actuado la administración concursal. Sin embargo, es preciso diferenciar dos situaciones con respecto a la masa activa ya que en función de cada cual, se podrá ver alterado ese criterio general.

a) Que la masa activa sea suficiente para afrontar todos los créditos contra la masa. En este caso, la conducta del administrador concursal se habrá ajustado a lo que marca la ley, que fija el criterio general del vencimiento para ordenar el pago de dichos créditos. Ante la previsión de que la masa activa será bastante para atender los pagos, también podría el administrador alterar esta regla y abonar un crédito cuyo vencimiento fuese posterior a otro, aunque en ningún caso podrían ser postergados los créditos a favor de los trabajadores, ni tampoco los tributarios o de la seguridad social.

b) Que la masa activa no sea suficiente para cubrir todos los créditos contra la masa. En cuanto el administrador concursal tenga constancia de esta situación, además de notificarlo al juez del concurso, quedará sujeto

⁸⁸ Véase BAJO GARCÍA, I.: *Crédito laboral y procedimiento concursal*, cit., p.194.

por la previsión del art. 176 bis 2 y el estricto orden de prelación de créditos que establece. Es natural que, ante una masa activa escasa, la ley otorgue especial tutela a aquellos créditos que, por su naturaleza, tienen un carácter especial. Aquí procede pues satisfacer los créditos salariales de los últimos treinta días que no superen el doble del SMI, lo que ya hemos visto que se convertirá en la prioridad total y principal obligación del administrador concursal⁸⁹. Le siguen, por orden, los créditos por salarios e indemnizaciones resultantes de multiplicar el tiple del SMI por los días de salario pendientes de pago, los créditos por alimentos, los créditos por costas y gastos judiciales del concurso y finalmente los créditos que resten contra la masa. Y en caso de que la masa activa no fuese suficiente para satisfacer los créditos de una misma categoría, se repartirá a prorrata.

En palabras del Tribunal Supremo en sentencia de 11 de junio de 2015⁹⁰, *esta regla de prelación de créditos no deja de ser la solución al fracaso del propio concurso de acreedores, en cuanto que genera más gastos prededucibles que el valor de masa activa y da lugar a un "concurso de acreedores de créditos contra la masa" dentro del propio concurso, o un "concurso del concurso"*.

Por lo tanto, en este caso de rompe la regla del vencimiento y debe realizar por categoría, debiendo el administrador concursal priorizar el crédito a favor de los trabajadores, cuyo pago deberá decretarlo con anterioridad a los que le siguen en orden jerárquico, aún cuando tengan un vencimiento posterior.

VIII. 4. Actuación de la administración concursal

Nos encontramos entonces con que el administrador concursal de NITROX S.A. ha decretado el pago de un crédito contra la masa cuyo vencimiento era anterior a otro crédito a favor de los trabajadores. Pues bien, esta actuación conforme al criterio del vencimiento solamente resultará ajustada a lo que establece la normativa concursal cuando se trate de un crédito laboral contra la masa del art.84.2.5°, esto es, derivado de la actividad empresarial posterior a la declaración del concurso y cuando la masa activa sea suficiente para afrontar todos los créditos contra la masa.

Sin embargo, en el caso de que nos encontremos ante un crédito a favor de los trabajadores de la categoría superprivilegiada del art. 84.2.1° o cuando se trate de un crédito laboral de la categoría de 84.2.5° pero la masa activa resulte insuficiente para hacer frente a la totalidad de los créditos contra la masa, el administrador debería haber dado prioridad de pago a estos créditos y por tanto, su actuación supone una vulneración de lo establecido en la ley concursal.

Pues bien, en el caso de que los trabajadores no vean reconocido su crédito u obtenido el pago de la administración concursal, la LC pone a su disposición el mecanismo del

⁸⁹ BAJO GARCÍA, I.: *Crédito laboral y procedimiento concursal*, cit., 2007, p.195.

⁹⁰ RJ 2015\2523.

incidente concursal (art. 84.4 LC) para conseguir el reconocimiento y satisfacción de su crédito. El incidente concursal tiene su regulación en el art.192 LC, se trata de una pieza procesal supletoria y en principio no suspende el curso del proceso concursal⁹¹.

⁹¹ Art. 192.2 LC: “Los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte”.

CONCLUSIONES FINALES

Informe I

Del contrato de compraventa suscrito por D. Héctor responderá el patrimonio de la sociedad en formación, en tanto que la fecha de inicio de operaciones coincida con la de otorgamiento de la escritura. Es en este caso que la ley entiende que el administrador está facultado para realizar el objeto social y vincular a la sociedad a la que representa, y que ésa ha sido la voluntad expresa de los socios, la de compatibilizar los actos tendentes a la inscripción de la sociedad con el desarrollo del objeto social.

Informe II

El tenedor de la letra podrá ejercitar la acción directa contra NITROX S.A. considerando que ésta ha aceptado la letra a su presentación y dado que no ha formulado el pago a su vencimiento. No precisará levantar protesto por falta de pago para conservar la acción directa, debido a que el deudor, si previamente ha aceptado la letra, conoce perfectamente cuándo se producirá el vencimiento de su obligación. No procede el ejercicio de la acción de regreso ya que no existen obligados en vía de regreso diferentes al propio librador que es, a su vez, el legítimo tenedor de la letra.

Informe III

No puede considerarse que la estampación del sello corporativo de la entidad librada supla la necesidad de firma, ya sea autógrafa o mecánica, que exige la ley, extremo en lo que coincide la doctrina y la jurisprudencia. Se acepta el uso del sello para dejar constancia en la antefirma que el firmante actúa en representación de la entidad, pero la ausencia total de firma no nos permite considerar que se ha otorgado el consentimiento necesario para la aceptación de la letra.

Informe IV

La Junta celebrada el 5 de febrero de 2014 no cumple los requisitos legales exigidos de tiempo y forma aunque queda válidamente constituida al concurrir a la misma los cuatro socios que representan la totalidad del capital social y erigirse, por tanto, en Junta Universal. Teniendo en cuenta la jurisprudencia citada para casos similares al presente y procurando no caer en lo que podría considerarse un abuso de derecho, consideramos que sí se ha vulnerado el derecho de información de la socia, independientemente de que persiga la impugnación del acuerdo social. Así es que aunque la socia no busque la impugnación del acuerdo pero entienda dañado su derecho, puede igualmente exigir su cumplimiento al administrador y reclamarle los daños y perjuicios causados.

Informe V

El acuerdo de retribuir al administrador D. Héctor la cantidad de 50.000€ anuales resulta radicalmente nulo debido a que no obedece a la verdadera expresión de la voluntad social, ya que la Junta Universal a que se refiere nunca se produjo, sino que fue obra del propio administrador el falsificar el acta con todas las firmas de los socios. La actuación del administrador le hace objeto de responsabilidad civil conforme a la LSC por su actuación contraria a la ley y al orden público, por lo que deberá reintegrar las cantidades indebidamente percibidas. Asimismo su conducta es constitutiva de dos delitos de falsedad societaria y apropiación indebida cuyas penas oscilan de entre uno y tres años de prisión y uno y seis años de prisión.

Informe VI

La compraventa de la nave resulta totalmente contraria a derecho ya que se trata de una simulación en la que subyace una donación, ya que la verdadera voluntad de las partes era trasladar el elemento patrimonial fuera de la esfera jurídica de NITROX S.A. en claro perjuicio de sus acreedores debido a la precaria situación económica por la que atraviesa la entidad y que preludia la insolvencia que la llevará a solicitar el concurso de acreedores menos de un año después. Corresponde la declaración de nulidad de dicho contrato y podrá solicitarse por la administración concursal su reintegración a la masa activa. Además, consideramos que la actitud de los socios ha podido constituir un posible delito de alzamiento de bienes, lo que podría acarrearles una pena de hasta cuatro años de prisión.

Informe VII

A la luz de las actuaciones del administrador y de los socios que han provocado un vaciamiento patrimonial de NITROX S.A. y han contribuido a agravar su situación de insolvencia mediante la percepción de las retribuciones indebidamente percibidas, así como por la compraventa fraudulenta de la nave donde realizaban la actividad, procede calificar el concurso como culpable. Las personas afectadas por la calificación son el administrador D. Héctor, y los socios Dña. Mercedes, Dña. Sonia y Dña. Ana, así como la sociedad controlada por ésta última SOLYPLAYA S.L., en calidad de cómplices. Esto supone para ellos la sanción de inhabilitación de las personas físicas para administrar bienes ajenos así como la pérdida de los derechos que pudieran tener como acreedores en el concurso.

Informe VIII

La actuación del administrador concursal sólo resultará conforme a ley si el crédito a favor de los trabajadores de NITROX SA no se halla protegido por el superprivilegio del art.84.2.1º LC, y cuando la masa activa sea suficiente para hacer frente a todos los créditos. Solo en estas circunstancias puede aplicarse la regla general del vencimiento, ya que en caso contrario, si se trata de un crédito laboral superprivilegiado ha de hacerlo efectivo inmediatamente y si es otro tipo de crédito laboral contra la masa y no hay suficiente masa activa, deberá atender al orden de prelación del art.176.2 bis LC, que ordena su pago prioritario sobre otras categorías de créditos contra la masa.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO GARCÍA, I.: *Crédito laboral y procedimiento concursal*, Thomson Civitas, Alicante, 2007.
- BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil V.II*, Tecnos, Madrid, 2015.
- CANDELARIO MACÍAS, M. I.: *Lecciones de Derecho Concursal*, Tecnos, Madrid, 2012.
- CARCABA FERNANDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986.
- GARCÍA-CRUCES, J. A. (dir.): *Estudios de jurisprudencia cambiaria*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: *La aceptación de la letra de cambio*, La Ley, Madrid, 1992.
- MENÉNDEZ A. Y ROJO, Á. (dir): *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Civitas, Madrid, 2012.
- MENÉNDEZ, A. Y ROJO, Á.: *Lecciones de Derecho Mercantil. El Derecho Concursal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- NEILA NEILA, J. M.: *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012.
- PINO ABAD, M.: *La sociedad de capital no inscrita. La sociedad en formación y la sociedad irregular*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- SÁEZ LACAVE, M. I.: *La sociedad mercantil en formación*, Civitas, Madrid, 2001.
- SÁNCHEZ CALERO F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Aranzadi, 2013.
- VALPUESTA, F. M. (coord.): *Práctica cambiaria*, Bosch, Barcelona, 2000.
- VILATA MENADAS, S.: *Elementos de derecho concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- YÁÑEZ VELASCO, R.: *Concurso de acreedores y derecho penal. Aproximación a los tipos penales relacionados con la insolvencia*, Grupo Difusión, Barcelona, 2006.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS de 26 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10321)
- STS de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2004\187)
- STS de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004\8091)
- STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\3608)
- STS de 19 de abril de 2010 (RJ 2010\3538)
- STS de 1 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1171)
- STS de 7 de mayo de 2012 (RJ 2012\6110)
- STS de 6 de junio de 2012 (RJ 2012\9051)
- STS de 25 de junio de 2012 (RJ 2012\8853)
- STS de 7 de diciembre de 2012 (RJ 2013\913)
- STS de 16 enero de 2013 (RJ 2013\2407)
- STS de 2 de abril de 2013 (RJ 2013\6695)
- STS de 11 de junio de 2015 (RJ 2015\2523)
- STS de 14 de diciembre de 2015 (JUR 2016\3720)

- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 4 de abril de 1998 (AC 1998\780)
- SAP de Baleares de 13 de enero de 2000 (AC 2000\3443)
- SAP de Barcelona de 10 de febrero de 2005 (JUR 2005\80575)
- SAP de Pontevedra de 24 de julio de 2006 (AC\2006\1531)
- SAP de Baleares de 12 de diciembre de 2011 (JUR 2012\1918)
- SAP de León de 22 de marzo de 2012 (JUR\2012\130511)

- SJM de Pontevedra de 21 de julio de 2010 (AC\2011\601)

ANEXOS

- 1.- Modelo de escritura de constitución de NITROX S.A.
- 2.- Modelo de Letra de cambio formalizado por NITROX S.A.
- 3.- Modelo de convocatoria de Junta General Ordinaria de NITROX S.A.
- 4.- Modelo de acta de la Junta Universal de NITROX S.A.
- 5.- Modelo de solicitud de declaración de concurso de NITROX S.A.

ANEXO 1.- Modelo de escritura de constitución de NITROX S.A.

ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD
ANÓNIMA DENOMINADA "NITROX S.A."

En *, a 23 de junio de 2012*. -----
Ante mí, *, Notario del Ilustre Colegio de *, con residencia en *. -----

-----C O M P A R E C E N-----

Don Héctor *-----
Doña Sonia*-----
Doña Mercedes*-----
Y Doña Ana*-----

Todos los comparecientes son de nacionalidad
española.-----
Intervienen en su propio nombre y derecho y tienen a mi juicio la
capacidad legal necesaria para formalizar la presente escritura de
constitución de Sociedad Anónima, y al efecto, -----

----- O T O R G A N -----

PRIMERO.- Don Héctor*, Doña Sonia*, Doña Mercedes* y Doña Ana*
constituyen una Sociedad Anónima con la denominación de NITROX S.A.,
que se registrará por el siguiente orden de fuentes:

1º).-Por las disposiciones legales imperativas; 2º).-Por los Estatutos que se
incorporan a esta matriz; y 3º).-Por las demás disposiciones legales
aplicables.-----

Los Estatutos se hallan contenidos en * folios de clase octava, serie*,
números*, escritos por ambas caras y firmados por los comparecientes al
final del último, que me entregan y dejo unidos a esta matriz, para formar
parte de ella.-----

SEGUNDO.- El capital social, que es de 100.000 EUROS, se divide en *
acciones*, de * EUROS cada una, números uno al*, ambos inclusive, que
son íntegramente suscritas y desembolsadas por los socios fundadores de la
siguiente forma:-----

1).-Do* suscribe * acciones, números uno al*, ambos inclusive, por su
valor nominal de * EUROS. -----

Do* suscribe * acciones, números * al*, ambos inclusive, por su valor nominal de * EUROS. -----

Do* suscribe * acciones, números * al*, ambos inclusive, por su valor nominal de * EUROS. -----

Do* suscribe * acciones, números * al*, ambos inclusive, por su valor nominal de * EUROS. -----

*.-----

Do* desembolsan en efectivo metálico el importe de las acciones que cada uno de ellos ha suscrito.-----

2).-Las aportaciones dinerarias me las acreditan mediante la entrega de*, abierta a nombre de la Sociedad en formación, que dejo * a esta matriz. ----

TERCERO.- Nombran al* compareciente Don Héctor* Administrador Único de la Sociedad, al que se atribuye la administración y representación de aquélla, con todas las facultades que le corresponden conforme a la Ley y a los Estatutos de la Sociedad.-----

Don Héctor* acepta el nombramiento. -----

(SI PROCEDE): Do*, como Administrador Único de dicha Sociedad, confiere poder a Do*, nacido el*, (todos los datos personales, incluso N.I.F.) para que pueda ... Los poderes subsistirán después de efectuada la inscripción de la Sociedad, sin perjuicio de la facultad de revocación que podrá realizarse por el órgano de administración. -----

CUARTO.- Para el período comprendido entre este acto y el de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, se establecen las siguientes normas:-----

1) El Órgano de Administración podrá ejercitar todas sus facultades de administración y representación y conferir apoderamientos con igual alcance. -----

2) La Junta General podrá adoptar acuerdos, dentro de su competencia, para la realización de actos durante dicho período.-----

Por los actos realizados en virtud de lo previsto en esta estipulación cuarta, responderán solidariamente la Sociedad con todo su patrimonio y los socios hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar.-----

QUINTO.- Se prohíbe ocupar o ejercer cargos en la Sociedad a las personas declaradas incompatibles por la Ley 12/95, de 11 de Mayo y Ley 14/95, de 21 de Abril, ésta última de la comunidad de Madrid y demás aplicables. -----

Aseguran los nombrados para cargos en esta escritura que no están incurso en incompatibilidad legal alguna.-----

SEXTO.- Acreditan que la Sociedad puede ostentar el nombre expresado con la oportuna certificación del Registro Mercantil Central, que me entregan y dejo incorporada a esta matriz.-----

SÉPTIMO.- La cuantía total aproximada de los gastos de constitución de la Sociedad, tanto de los ya satisfechos como de los que se causen hasta su inscripción en el Registro Mercantil, se estima en * EUROS.-----

OCTAVO.- Los comparecientes se conceden poder recíproco para que cualquiera de ellos, en nombre y representación de los demás, otorgue las escrituras de subsanación y aclaración que sean necesarias para inscribir esta Sociedad en los Registros Públicos en que se precise hacerlo y para realizar solicitudes de inscripción parcial. -----

NOVENO.- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN.-Se solicita la inscripción de este documento en el Registro Mercantil.- Esta inscripción podrá ser parcial si, a juicio del Registrador, existe algún defecto que impida la inscripción de alguna cláusula o estipulación cuya exclusión no impida la inscripción del resto, lo que se solicita expresamente al amparo de lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil. -----

----- O T O R G A M I E N T O -----

Hago a los comparecientes las reservas y advertencias legales, en especial las relativas al artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal. -----

Hago a los comparecientes las reservas y advertencias legales que proceden. En especial les advierto de sus obligaciones y responsabilidades tributarias y de las consecuencias fiscales y de otra índole de las declaraciones y falsedades en documento público.

Permito a los comparecientes la lectura de esta escritura, porque así lo solicitan, después de advertidos de la opción del artículo 193 del Reglamento Notarial. -----

Enterados, según manifiestan, por la lectura que han practicado y por mis explicaciones verbales, los comparecientes hacen constar su consentimiento al contenido de la escritura y firman.-----

----- A U T O R I Z A C I O N -----

Y yo, el Notario, doy fe de identificar a los comparecientes por sus respectivos documentos de identidad reseñados y del total contenido en este instrumento público, que va extendido en *.-----

ANEXO 2.- Modelo de Letra de cambio formalizado por NITROX S.A.

<p>Lugar de libramiento</p> <p>Por esta LETRA DE CAMBIO pagará usted al vencimiento expresado a AVENTA S.L. la cantidad de (importe en letra) # Veinte mil euros #</p>		<p>MONEDA Euros</p> <p>IMPORTE # 20.000 € #</p>	<p>VENCIAMIENTO 30 de agosto de 2012</p> <p>Fecha de libramiento Día Mes Año 30 06 2012</p>	<p>CLASE 12ª</p> <p>0,24 € de 48,09 € a 90,15 €</p> <p>0 A 1284389</p>
<p>Persona o entidad: Dirección u oficina: Población:</p>	<p>en el domicilio de pago siguiente:</p> <p>CÓDIGO CUENTA CLIENTE (CCC)</p> <p>Entidad Oficina DC Núm. de cuenta</p>	<p>LIBRADOR: (Firma, nombre y domicilio)</p> <p>P.P. AVENTA S.L.</p>	<p>ACEPTO (Firma)</p> <p>Cláusulas:</p> <p>LIBRADO NITROX S.A.</p> <p>Nombre:</p> <p>Domicilio:</p> <p>Población:</p> <p>C.P.:</p> <p>Provincia:</p>	
<p>RCM-FNMT</p> <p>No utilizar este espacio por estar reservado para impresión magnética</p>				

ANEXO 3.- Modelo de convocatoria de Junta General Ordinaria de NITROX S.A.

Convocatoria Junta General Ordinaria

Por acuerdo del Órgano de Administración de NITROX S.A., con CIF....., se convoca a los socios a la Junta General Ordinaria de Accionistas de la Sociedad, que se celebrará, en primera convocatoria el día 5 de febrero de 2014, a las horas, en la ciudad de, c/, y en segunda convocatoria al día siguiente, en el mismo lugar y hora, bajo el siguiente

Orden del día

Primero.- Examen y aprobación, en su caso, de las Cuentas Anuales y aplicación de resultado, si procede, correspondientes al ejercicio

Segundo.- Aprobación, si procede, de la gestión social durante el ejercicio.....

Tercero.- Ruegos y preguntas.

Cuarto.- Redacción, lectura y, en su caso, aprobación del acta de la Junta.

En virtud de lo establecido en el artículo 197 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se hace constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio fiscal los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta, y obtener su entrega, de forma inmediata y gratuita

....., 20 de enero de 2014.- Don Héctor*, Administrador Único de la Sociedad.

ANEXO 4.- Modelo de acta de la Junta Universal de NITROX S.A.

**ACTA DE LA JUNTA GENERAL UNIVERSAL DE ACCIONISTAS
DE NITROX S.A.**

En y en el domicilio social de la Compañía sito en la calle....., a.....de.....de....., siendo las.....horas se celebra la Junta General Universal de accionistas, para tratar el siguiente Orden del Día:

- 1.- Examen y probación de la propuesta de retribución al órgano de administración por importe de 50.000€ anuales.
- 2.- Ruegos y preguntas
- 3.- Redacción lectura y aprobación del acta, si procede.

Como primera cuestión se acuerda por unanimidad nombrar Presidente de la Junta General a D. y Secretario a D. los cuales presentes en este acto aceptan sus respectivos nombramientos. Asisten a la Junta General Universal los siguientes accionistas:

D. Héctor*propietario de..... acciones (%)
Firma:

D. Mercedes*propietario de..... acciones (%)
Firma:

D. Sonia*propietario de..... acciones (%)
Firma:

D. Ana* propietario de..... acciones (%)
Firma:

Concurren por tanto los accionistas titulares del cien por ciento del capital social. Se da por válidamente constituida la Junta General, con carácter de Universal y sin previa convocatoria, habida cuenta de estar presentes (o en su caso presentes y representados) todos los accionistas y, por lo tanto, la totalidad del capital social suscrito y desembolsado, y haber aceptado los asistentes por unanimidad la celebración de la Junta así como su Orden del Día, que igualmente aceptan por unanimidad según autoriza el artículo 178 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital con lo que, sin más, se propone por el Sr. Presidente entrar o debatir los puntos del Orden del Día.

A continuación se entra a debatir el primer punto del Orden del Día:

1.- Examen y aprobación de la propuesta de retribución al órgano de administración por importe de 50.000€ anuales.....

Sometido a votación se aprueba por unanimidad.

3. Se han atendido satisfactoriamente todas las preguntas efectuadas por los asistentes sin que se haga constar por escrito ninguna de las intervenciones por haberlo así solicitado los propios requirentes.

4. Se suspende por unos momentos la sesión para proceder a la redacción de este Acta, que leída por el Secretario de la Junta General, es aprobada por unanimidad de los asistentes y firmada por el Secretario con el Visto Bueno del Presidente.

Y no habiendo más asuntos que tratar, se levanta la sesión.

El Presidente

Vº Bº El Secretario

Fdo.:

Fdo.:

ANEXO 5.- Modelo de solicitud de declaración de concurso de NITROX S.A.

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE

....., Procurador de los Tribunales (núm. de colegiado) y de la compañía NITROX S.A., con domicilio en, calle núm. y CIF, cuya representación acredito mediante la escritura original de poder de representación (especial para instar el presente concurso) que se acompaña a este escrito, ante este Juzgado comparezco bajo la dirección letrada de Don, abogado del Ilustre Colegio de (núm. de colegiado), y como mejor proceda en Derecho DIGO:

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostento, formulo SOLICITUD DE CONCURSO VOLUNTARIO de la compañía NITROX S.A. por hallarse actualmente la misma en situación de insolvencia, solicitud que se funda en los hechos y fundamentos de derecho que a continuación se exponen.

HECHOS

PRIMERO.– Mi principal, la sociedad NITROX S.A., se constituyó el 23 de junio de 2012, mediante escritura otorgada ante el notario de, Don (número de su protocolo). Datos de Inscripción Registral: La sociedad está inscrita en el Registro Mercantil de la provincia de al tomo, General de la sección del Libro de sociedades, Folio, hoja

Su objeto social consiste en la venta de componentes informáticos (....)

El domicilio social de la compañía se halla en, calle, lugar en que se halla el centro de los intereses principales de la deudora.

Datos fiscales: La sociedad se halla dada de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas desde el de de, en el epígrafe Igualmente, el día ... de de, presentó la correspondiente declaración censal de alta e inicio de actividades, siéndole asignado el siguiente Código de Identificación Fiscal (CIF):.....

Órgano de Administración: Desde su constitución, el órgano de administración de la compañía se halla conformado por un administrador único, ejerciendo en la actualidad tal cargo, Don Héctor*....., quien, por un plazo de años, fue designado al efecto por acuerdo de la Junta General Extraordinaria de la compañía celebrada el día ... de de, elevado a público mediante escritura autorizada por el notario de, Don, el día de de

No existen otros administradores de la sociedad, de hecho o de derecho, distintos del mencionado Sr. Durante los dos años anteriores a la solicitud de concurso, el citado Don ha sido la única persona que ha ostentado y/o desempeñado la administración de la sociedad.

Acreditando lo anterior, se acompañan como DOCUMENTOS la escritura de constitución de la Sociedad, certificación literal del Registro Mercantil de la provincia de correspondiente a la deudora; declaración censal de alta e inicio de actividades, declaración de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y tarjeta CIF.

SEGUNDO.– La presente solicitud de concurso voluntario debe de ser acogida por el Juzgador al darse el presupuesto objetivo de insolvencia en que se halla NITROX S.A. desde el día, fecha ésta desde la cual, mi mandante no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Lo anterior resulta de la documentación que, de conformidad con lo establecido en el art. 6 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC en adelante), se acompaña a esta solicitud, así como del informe pericial emitido el pasado día de de, por Don, economista del Ilustre Colegio de, (núm. Col.), y que se acompaña como DOCUMENTO De dicha documentación se desprende que mi mandante carece en la actualidad de liquidez suficiente para atender las deudas exigibles contraídas con sus acreedores, si bien, mediante la aplicación del correspondiente plan de viabilidad se pretende hacer frente a las mismas. También resulta de

En este sentido, y con relación a los efectos del concurso sobre las facultades de la administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, esta parte considera que no existe circunstancia alguna que aconseje el cierre de sus oficinas y establecimientos, así como el cese de la actividad, bastando la mera intervención de las facultades patrimoniales del deudor.

Así resulta de la documentación acompañada a este escrito, del hecho de la empresa no ha desaparecido y continúa su actividad mercantil, así como

TERCERO.– Dando cumplimiento a lo previsto en el art. 6.2 LC, se acompañan a esta solicitud los siguientes documentos:

I.– Poder especial para solicitar el concurso, otorgado el día ... de de, ante Don, notario del Ilustre Colegio de, con residencia en (núm. de su protocolo). (DOCUMENTO

II.– Memoria expresiva de la historia económica y jurídica de S.A., de las actividades a que se ha dedicado la compañía durante los últimos tres años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de los que sea titular. También de las causas del estado en que se encuentra y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. (DOCUMENTO

En la reseñada memoria se hace constar 1) la identidad de los accionistas de S.A. de los que se tiene constancia, de su administrador único y del auditor de cuentas; 2) que la compañía forma parte de un grupo de empresas integrado por la instantánea de la presente solicitud, como sociedad dominante, y las compañías anónimas S.A. y S.A., como dominadas; y 3) que no tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

III.– Inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentran, datos de inscripción registral, en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. En el inventario se reseñan e indican los gravámenes, trabas y cargas que afectan a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación. (DOCUMENTO

IV.– Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías reales o personales constituidas.

En la relación se especifican los acreedores que han reclamado judicialmente el pago de su crédito, con indicación del número de procedimiento, juzgado en el que se sigue el procedimiento y estado en que se encuentran las actuaciones.

CUARTO.– De conformidad con lo previsto en el art. 6.3 LC y estando obligada la compañía NITROX S.A. a la llevanza de contabilidad, se acompaña igualmente a esta solicitud la documentación que a continuación se reseña:

I.– Cuentas anuales (balance, pérdidas y ganancias y memoria), informe de gestión e informe de auditoría de los últimos tres ejercicios sociales, esto es, los cerrados a fecha ..., y (DOCUMENTOS)

II.– Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio de mi mandante con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas en el Registro Mercantil, las correspondientes al ejercicio, y que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor. (DOCUMENTO).

III.– (Si fuera menester) Estados financieros elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas (las correspondientes al ejercicio), remitidos (o comunicados) a, autoridad supervisora del (DOCUMENTOS)

QUINTO.– (Si fuera menester) Que al amparo del art. 104 LC, no pidiéndose en el presente escrito la liquidación de la deudora, que no se halla en ninguna de las prohibiciones recogidas en el art 105 LC, y dándose los requisitos de forma y plazo previstos en la Ley, se presenta propuesta anticipada de convenio, que se acompaña a este escrito como DOCUMENTO

O (Si fuera menester). Que siendo de interés de mi mandante proceder a su liquidación, se acompaña a esta solicitud, como DOCUMENTO y tal y como ordena el art. 6.4 LC, propuesta de plan de liquidación.

SEXTO.– (Si fuera menester). Tal y como exige el art. 6.5 LC, se hace constar que no se acompaña el documento previsto en el númeroº, del art. 6.3 LC toda vez que

Igualmente, aun cuando se acompaña el documento, recogido en el númeroº, del art. 6.2 LC, en el mismo falta el dato de, toda vez que

A los relatados hechos aduzco los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.– De conformidad con lo previsto en el art. 8 LC, son competentes para conocer de esta solicitud de concurso los Juzgados de lo Mercantil.

Desde un punto de vista territorial, y conforme al art. 10.1 LC, son competentes los Juzgados de lo Mercantil de, al ser éste el lugar donde la compañía NITROX S.A. tiene su centro de intereses principales.

II.– Esta solicitud de concurso se sustanciara por los trámites establecidos en el art. 8, ss. y concordantes LC.

III.– Mi mandante, en su condición de deudor, está legitimado para solicitar su declaración de concurso al amparo de lo dispuesto en el art. 3.1 LC.

IV.– Se dan en este caso los presupuestos subjetivo y objetivo requeridos para la declaración del concurso. En el primer caso, a la vista de la condición de mi mandante de deudor persona jurídica, vid art. 1.1 LC. En el segundo, a la vista de la situación actual de insolvencia de mi mandante.

V.– Los efectos del concurso serán los previstos en los arts. 40 y ss. LC.

VI.– (En su caso) sobre la proposición anticipada de convenio vid. los arts. 104 y ss. LC.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por presentado este escrito, junto a los documentos a él unidos y sus copias, se sirva admitirlo y tener por promovido en nombre y representación de mi mandante, NITROX S.A., SOLICITUD DE CONCURSO VOLUNTARIO, se sirva admitirla y previos los oportunos trámites legales, se sirva dictar auto por el que, estimando íntegramente la presente solicitud:

Primero.– Se declare el concurso voluntario de la sociedad NITROX S.A.

Segundo.– Se acuerde la sustanciación del correspondiente procedimiento, con la formación de las secciones correspondientes.

Tercero.– Se designen los administradores del concurso.

Cuarto.– Se acuerde el régimen de mera intervención de las facultades patrimoniales del deudor.

Quinto.– (Si fuere menester) Se apruebe la propuesta anticipada de convenio acompañada a este escrito.

Sexto.– Se acuerde cuanto demás sea procedente en derecho para la sustanciación del procedimiento hasta su conclusión.

Es Justicia que pido en a de de dos mil

OTROSÍ DIGO Que procede dar a la declaración de concurso la oportuna

publicidad, incluida la registral, en los términos y con el alcance establecidos en los arts. 23 y 24 LC y sin perjuicio de cualesquiera otra publicidad complementaria que, en medios oficiales o privados, estime oportuna este Juzgado al que nos dirigimos.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por hechas las anteriores manifestaciones a los efectos oportunos, se sirva admitirlas y acordar en el auto declarando el concurso voluntario de mi principal, las inscripciones y publicaciones previstas en el art. 23 y 24 LC, y, previos los oportunos trámites legales, se sirva llevar a cabo tales inscripciones y publicaciones, por medios telemáticos y, si esto no fuera posible, librando los oportunos mandamientos y oficios que serán confiados al Procurador que esto suscribe para su oportuno curso y gestión.

Lo que se suplica en el lugar y fecha reseñados *“ut supra”*.

OTROSÍ DIGO: Que en el auto en que se acuerde la declaración de concurso de mi principal y entre otros pronunciamientos, procede el llamamiento de los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la publicación del extracto de la declaración del concurso en el BOE.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por hechas las anteriores manifestaciones a los efectos oportunos, se sirva admitirlas y acordar en el auto declarando el concurso voluntario de mi principal, el llamamiento de los acreedores a los efectos antes reseñados.

Lo que se suplica en el lugar y fecha reseñados *“ut supra”*.