



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO:

ASPECTOS CONCURSALES DE UNA EMPRESA
DEDICADA A COMPONENTES ELECTRÓNICOS

***Alumna:** Ferreiro López,
Belén*

***Tutor:** Rafael García Pérez*

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | |
|--|-----------|
| ABREVIATURAS | 4 |
| C.I. CUESTIONES RELATIVAS A LOS CONTRATOS CONCLUIDOS ANTES DE LA INSCRIPCIÓN..... | 5 |
| <i>C.I.1. EL RECONOCIMIENTO DE FIGURAS INTERMEDIAS.....</i> | <i>5</i> |
| <i>C.I.2. RESPONSABILIDAD POR ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN.....</i> | <i>6</i> |
| <i>C.I.2.1. REGLA GENERAL</i> | <i>6</i> |
| <i>C.I.2.2.EXCEPCIONES</i> | <i>7</i> |
| <i>C.I.3. CONCLUSIONES</i> | <i>9</i> |
| CII. CUESTIONES RELATIVAS A LA LETRA DE CAMBIO | 9 |
| <i>C.II.1. CONCEPTO Y NATURALEZA</i> | <i>9</i> |
| <i>C.II.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS.....</i> | <i>10</i> |
| <i>CII. 3. ACCIONES CAMBIARIAS EJERCITABLES.....</i> | <i>11</i> |
| <i>CII.3.1. ACCIÓN DIRECTA</i> | <i>11</i> |
| <i>CII.2.3.2. ACCIÓN DE REGRESO.....</i> | <i>12</i> |
| <i>C.II.2.3.2.1. PROTESTO.....</i> | <i>13</i> |
| <i>C.II.4. CONCLUSIONES</i> | <i>13</i> |
| CIII. CUESTIONES RELATIVAS A LA ACEPTACIÓN DE LA LETRA DE CAMBIO | 14 |
| <i>CIII.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....</i> | <i>14</i> |
| <i>C.III. 2. PRESENTACIÓN A ACEPTACIÓN.....</i> | <i>15</i> |
| <i>C. III.3. REQUISITOS Y FORMA DE ACEPTACIÓN</i> | <i>16</i> |
| <i>C.III.4. OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE EN NOMBRE DE OTRO</i> | <i>16</i> |
| <i>Poder</i> | <i>16</i> |
| <i>Forma</i> | <i>17</i> |
| <i>C.III.4. LUGAR DE ACEPTACIÓN</i> | <i>18</i> |
| <i>C.III. 5. CONCLUSIONES</i> | <i>18</i> |
| C.IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA JUNTA GENERAL | 19 |
| C.IV. 2.CLASES DE JUNTAS | 19 |

| | |
|---|-----------|
| C.IV.2.1. JUNTA ORDINARIA | 19 |
| C.IV.2.1. JUNTAS EXTRAORDINARIAS | 20 |
| C.IV. 1 . CONVOCATORIA..... | 20 |
| C.IV. 1.1. SUJETOS QUE LA CONVOCAN..... | 20 |
| C.IV.1.2. FORMA DE LA CONVOCATORIA | 21 |
| <i>Anuncio a través de página web</i> | 21 |
| <i>Anuncio a través de BORME y diario de gran difusión</i> | 22 |
| <i>Anuncios a través de mecanismos reconocidos en los estatutos</i> | 22 |
| C.IV.1.3. PLAZO DE CONVOCATORIA | 23 |
| C.IV.2. DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS | 23 |
| C.IV.2.1. CONCEPTO Y FORMA DE EJERCICIO | 23 |
| C.IV.2.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE INFORMACIÓN..... | 24 |
| C.IV.2.3. LIMITACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN..... | 24 |
| C.IV.2.4. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO INFORMACIÓN..... | 26 |
| C.IV.3. CONCLUSIONES | 27 |
| C.VI. CUESTIONES RELATIVAS A LA FALSIFICACIÓN DEL ACTA DE LA JUNTA..... | 28 |
| C.I.1. REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL | 28 |
| C.V.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA JUNTA UNIVERSAL DEL 25 DE NOVIEMBRE | 30 |
| C.V.2.1. FALSEDAD DOCUMENTAL: ELEMENTOS | 31 |
| C.V.2.1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO | 31 |
| C.V.2.1.2. CONCEPTO DE DOCUMENTO MERCANTIL | 31 |
| C.V.2.1.3. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS | 32 |
| C.2.2. APROPIACIÓN INDEBIDA VS. ADMINISTRACIÓN DESLEAL | 32 |
| C.2.3. CONCURSO MEDIAL | 33 |
| C.2.4. POSIBLE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS..... | 34 |
| C.3. CONCLUSIONES | 34 |
| C.VI. CUESTIONES RELATIVAS A LA COMPRAVENTA DE LA NAVE PROPIEDAD DE NITROX S.A. | 35 |

| | |
|---|-----------|
| <i>C.VI.1. ALZAMIENTO DE BIENES VS. INSOLVENCIA PUNIBLE.....</i> | <i>35</i> |
| <i>C.VI.2. ALZAMIENTO DE BIENES</i> | <i>36</i> |
| <i>C.VI.2.1.REQUISITOS.....</i> | <i>36</i> |
| <i>C.VI.2.2. SUJETOS PENALMENTE RESPONSABLES</i> | <i>37</i> |
| <i>C.VI.3. CONCLUSIONES</i> | <i>39</i> |
| VII. CUESTIONES RELATIVAS A LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO | 40 |
| <i>C.VII.1. CONCURSO CULPABLE.....</i> | <i>40</i> |
| <i>C.VII.2. SUJETOS AFECTADOS POR LA DECLARACIÓN.....</i> | <i>42</i> |
| <i>C.VII.3. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO CULPABLE.....</i> | <i>44</i> |
| <i>C.VII.4. CONCLUSIONES</i> | <i>45</i> |
| C.VIII. CUESTIONES RELATIVAS AL ORDEN DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS CONCURSALES | 45 |
| <i>C.VIII.1. CRÉDITOS CONTRA LA MASA</i> | <i>45</i> |
| <i>C.VIII.2. CRÉDITOS CONCURSALES.....</i> | <i>46</i> |
| <i>C.VIII.3. CONCLUSIONES</i> | <i>49</i> |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 50 |

ABREVIATURAS

Art: Artículo

BORME: Boletín Oficial del Registro Mercantil

C.C.: Código Civil

C.c.: Código de Comercio

C.P.: Código Penal

D.G.R.N.: Dirección General de los Registros y del Notariado

I.R.P.F.: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

I.V.A.: Impuesto sobre el Valor Añadido

L.C.: Ley Concursal

L.C.Ch.: Ley Cambiaria y del Cheque

L.S.C: Ley de Sociedades de Capital

R.D.G.R.N.: Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STS: Sentencia tribunal Supremo

C.I. CUESTIONES RELATIVAS A LOS CONTRATOS CONCLUIDOS ANTES DE LA INSCRIPCIÓN

La primera de las cuestiones que debe ser analizada a los efectos de enfrentarse a la resolución de la controversia que se plantea, es la relativa a los requisitos cuyo cumplimiento es necesario para la plena constitución de la sociedad, recogidos en la legislación vigente. En este sentido, el artículo 119 del Código de Comercio, señala que, con carácter previo al inicio de la realización de operaciones por parte de la entidad, deberá hacerse constar la constitución de la misma mediante escritura pública que será presentada ante el Registro Mercantil que corresponda para su inscripción en el mismo. Los mismos requisitos se hacen constar, además, en el contenido del precepto número 20 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así mismo, diversas sentencias del Tribunal Supremo, señalan la necesidad de que se cumpla con ambos requisitos para poder considerar obtenida la personalidad jurídica por parte de la sociedad, rechazando, de pleno, que aquélla sea poseída a través del simple otorgamiento de la escritura pública. Para el sostenimiento de dicha tesis, el Tribunal se basa en el reconocimiento a la inscripción en el Registro Mercantil de un carácter constitutivo de la personalidad jurídica de la sociedad¹.

C.I.1. EL RECONOCIMIENTO DE FIGURAS INTERMEDIAS

Pese a lo anterior, es común en el tráfico jurídico que el interés de las sociedades en participar a la mayor brevedad posible en operaciones económicas, derive en la conclusión, por parte de éstas, de negocios jurídicos de diversa índole de forma previa a que se produzca la necesaria inscripción registral. En el caso tratado, se presenta una de estas situaciones en la medida en que, Héctor, en fecha 30 de junio de 2012 y de forma previa a la inscripción de la sociedad "Nitrox, S.A" en el Registro Mercantil, concierta en calidad de Administrador único de la misma, un contrato de compraventa de material con otra sociedad.

La existencia de dichas situaciones desembocó, a lo largo del siglo XIX, en la defensa, por parte de la doctrina y jurisprudencia alemana, de la necesidad de considerar el proceso fundacional como un conjunto de etapas sucesivas en las que las personas jurídicas podrían adoptar distintas modalidades intermedias susceptibles de generar efectos jurídicos. Es así como tiene lugar el reconocimiento de la denominada "Vorgesellschaft" (sociedad en formación), figura jurídica que permitía evitar tener que posponer los efectos del contrato de sociedad al momento de la inscripción, reconociendo su eficacia con el mero otorgamiento de la escritura².

En dichas corrientes alemanas se basa el legislador español cuando, a través de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, y teniendo en cuenta la frecuencia con la que se concluyen en el tráfico económico, negocios jurídicos por sociedades no inscritas, acoge la figura de la sociedad en formación, cuya existencia, hasta el momento, solamente partía de un reconocimiento doctrinal que no encontraba respaldo en textos legales. En la legislación vigente, dicho régimen especial aparece recogido en los artículos 36 a 40 del

¹ STS 14 noviembre de 1995 (RJ 1995\8602).

² MORALEJO MENÉNDEZ, I. *Sociedad en formación y defensa del patrimonio social*, Cuadernos mercantiles, Madrid, 2002, pp. 76-79.

Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital relativos a la sociedad en formación y a la sociedad devenida irregular respectivamente. Al respecto de lo contenido en dichos preceptos, serán sociedades en formación aquellas entidades de duración limitada en el tiempo que existen entre el momento en el que se celebra el contrato de sociedad y la inscripción en el Registro Mercantil, mientras que se denominan sociedades devenidas irregulares, aquellas en las que puede constatarse la voluntad de no inscripción en el Registro Mercantil correspondiente o, en todo caso, aquellas sociedades que no han sido inscritas en el mismo en el plazo de un año desde que se otorga la correspondiente escritura de constitución.

Existe, no obstante, un importante debate doctrinal acerca de la posible consideración de la existencia de sociedad en formación en el momento previo al otorgamiento de la escritura. En este sentido se manifiestan autores de indiscutible relevancia como Menéndez³ que señala, en el caso de que las operaciones sociales fueran iniciadas de forma previa al otorgamiento de la escritura “*no veo razones suficientes para rechazar la técnica de la sociedad irregular*”. Sin embargo, debe reconocerse que la mayor parte de la doctrina de la materia entiende que se trata de una realidad pensada por la legislación vigente para atender los supuestos de actuación en el tráfico de sociedades no inscritas, entre el momento del otorgamiento de la escritura y la efectiva inscripción⁴.

El caso que nos ocupa es un claro ejemplo de sociedad en formación ya que verdaderamente se manifiesta la intención de realizar la correspondiente inscripción, teniendo ésta finalmente lugar el día 30 de septiembre del año 2012, y, por lo tanto, tampoco habiéndose cumplido el plazo de un año señalado anteriormente y establecido por el artículo 39 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que la escritura de constitución es otorgada el día 23 de junio del mismo año. En consecuencia, el régimen jurídico aplicable se encontrará recogido en los artículos 36 a 38 de L.S.C.

Habiendo procedido a la delimitación de la naturaleza de la sociedad, cabe ahora detenerse en la concreta cuestión que se plantea en este epígrafe y que tiene relación con las distintas reglas de determinación de la responsabilidad por los contratos que, tal y como anteriormente se ha introducido, son realizados por entidades no inscritas en el Registro Mercantil.

C.I.2. RESPONSABILIDAD POR ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN

C.I.2.1. REGLA GENERAL

La regla general de responsabilidad en este tipo de casos, señala en el artículo 36 L.S.C., establece que responderán de los actos o contratos concluidos con anterioridad a la inscripción, aquellos sujetos que los hubiesen concertado; previsión que es interpretada por la jurisprudencia en diversas sentencias⁵ como una medida de protección hacia los intereses de los sujetos que contraten con la sociedad ante una posible no constitución completa de la misma en la forma que establece la ley. Teniendo lo anterior en cuenta, esta regla general supondría una responsabilidad personal y a título individual de

³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ. A.: Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil, Anales de la Academia Matritense del Notariado.Tomo XXX. Vol I, 1991, pp 7-55.

⁴ CABANAS TREJO, R. Sociedad irregular y sociedad en formación: Una aproximación a su régimen jurídico, Praxis, Barcelona, 1997, p. 17.

⁵ Una de las más significativas es la STS 1172/1992 de 23 de diciembre (RJ 1992\10687).

Héctor, al ser él quien concierta el contrato de suministro con "Aventa, S.L.", estimando así las pretensiones de los demás socios de "Nitrox, S.A."

C.I.2.2.EXCEPCIONES

A pesar de lo dispuesto en el epígrafe precedente, el propio régimen aplicable reconoce una serie de supuestos en los que la responsabilidad de las actuaciones no recaería sobre el sujeto implicado, sino sobre la sociedad en formación que respondería con el patrimonio del que en ese momento dispusiese, estableciéndose, adicionalmente, la limitación de responsabilidad de los socios integrantes de la misma en lo que se hubieran obligado a aportar (art. 37.2. L.S.C.). Es por ello por lo que, a continuación, serán analizados los supuestos enumerados por la ley con el correspondiente análisis de la situación concreta planteada en este caso práctico.

El primero de estos escenarios se daría para el caso en el que las actuaciones desarrolladas por Héctor tuvieran relación con actos indispensables para la inscripción de la sociedad tal y como se recoge en el primer inciso del artículo 37.1. L.S.C. La falta de concreción acerca de los gastos que pueden considerarse incluidos en esta previsión legal ha desembocado en una suerte de discusiones doctrinales relativas a su naturaleza. En este sentido, la tesis menos restrictiva llega a señalar como necesarios los gastos derivados de operaciones de arrendamiento o adquisición de elementos materiales y de inmovilizado intangible imprescindibles para la puesta en marcha de la actividad societaria. Sin embargo, en la actualidad parece imponerse la tesis más restringente, defendida por teóricos tales como Jiménez Sánchez⁶ y que sostiene que la referencia a actos indispensables para la inscripción a la que hace mención el artículo 37.1 L.S.C hace alusión a gastos de certificación negativa de denominación social, redacción de estatutos sociales o informes de tasación sobre aportaciones no dinerarias, entre otros. Es por ello por lo que debe manifestarse un radical rechazo a esta tesis, en la medida en que el contrato de compraventa suscrito responde únicamente a un interés por participar en el tráfico con la mayor brevedad posible mediante la adquisición de material informático destinado a la puesta en marcha de la actividad económica y no resulta, en ningún caso, un requisito sine qua non para la inscripción de "Nitrox, S.A" en el Registro Mercantil.

Asimismo, la responsabilidad recaería sobre la propia sociedad, en el caso de que la escritura de constitución reconociese a Héctor, por su condición de administrador único, la facultad de concertar esta clase de negocios jurídicos en fechas anteriores a aquella en la que tiene lugar la inscripción en el Registro, así como en aquellas situaciones en las que las actuaciones provengan del cumplimiento de un mandato específico concluido entre los socios y las personas designadas al respecto. Sin embargo, tampoco puede concluirse que esta situación refleje la realidad del caso que se plantea, puesto que no se dispone de información suficiente que permita conocer si Héctor disponía o no de estos poderes por lo que, a priori, seguiría sin existir ninguna causa que determine la responsabilidad de la sociedad.

Tampoco responderá Héctor sino la sociedad en formación, para el supuesto en el que en la escritura de constitución se haya determinado que la fecha de inicio de las operaciones societarias coincida con la de otorgamiento de dicha escritura, ya que se

⁶ Citado por MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, J. en *La sociedad en formación, Jueces para la Democracia*, 2007, p. 12.

considera que, en ese caso y en función de lo establecido en el artículo 37.3 de la Ley de Sociedades de Capital, "los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos". Sin embargo, en el caso concreto que pretende analizarse no se hace referencia al momento en el que han de considerarse iniciadas las operaciones societarias, de manera que resulta necesario acudir al tenor literal del artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital a los efectos de poder determinar en qué momento deben considerarse iniciadas tales operaciones. A este respecto, el artículo 24 en su apartado primero señala que, salvo que exista alguna disposición contraria en los estatutos de la sociedad, se entenderá que las operaciones societarias tendrán inicio en la fecha de otorgamiento de la escritura. Por lo tanto, en el supuesto concreto analizado, teniendo en cuenta que la información proporcionada no alude a la existencia de ninguna previsión en los estatutos sociales al respecto, debe entenderse que las operaciones de la sociedad comienzan el día de otorgamiento, es decir, el día 23 de junio de 2012.

Teniendo en cuenta estas afirmaciones, debe entenderse que, en base a lo señalado por el artículo 37.3. L.S.C., de las operaciones realizadas de forma previa a la inscripción y, por lo tanto en el caso concreto, de la deuda derivada del contrato de compraventa suscrito con la sociedad "Aventa, S.L", responderá la sociedad en formación con el patrimonio del que dispusiese en ese momento al entenderse que Héctor, en su condición de administrador de la sociedad "Nitrox, S.A", se encontraba facultado para la conclusión del mismo.

Por último, el artículo 38.1 de la L.S.C. establece un supuesto que permite obligar a la sociedad en relación a los actos o contratos concluidos antes de la inscripción en el Registro una vez se haya llevado a cabo la misma, al considerarse que es precisamente en este momento cuando la sociedad adquiere personalidad jurídica. A tales efectos, dicho precepto establece un plazo prudencial de tres meses a contar desde la realización de la inscripción, en el que los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de que ésta tenga lugar deben ser aceptados por ella de forma expresa o tácita a través de su órgano de administración. Sin embargo, tal y como determina la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de mayo de 1995⁷, dicho precepto debe ser interpretado de manera "*flexible, adecuada a la realidad de los tiempos y dinamismo del tráfico mercantil*". Precisamente esta interpretación flexible ha llevado a que, en la actualidad, la jurisprudencia⁸ defienda que el fin último del establecimiento, en el precepto citado, de ese plazo de aceptación es la protección al tercero que negocie con la sociedad, lo que de ningún modo puede entenderse que excluye la posibilidad de ratificación de tales contratos, incluso con posterioridad al transcurso de los tres meses fijados, ya que consideran que establecer un plazo cerrado únicamente supondría un quebranto al principio de autonomía de la voluntad de las sociedades. Además, no debe entenderse como válida únicamente la aceptación expresa de los contratos concluidos, sino que la jurisprudencia admite la validez de una aceptación tácita que se los actos desarrollados permitan entenderse que ésta se ha producido y amparándose la jurisprudencia para la aceptación de esta posibilidad en el axioma latino "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"⁹.

⁷ (RJ 1995\4256).

⁸ La más destacada de estas sentencias es la STS de 26 mayo 2006 (RJ2006\3052).

⁹ S.A.P Toledo 25 noviembre 1993 (AC 1993/2282).

Teniendo en cuenta lo anterior y a los efectos de poder determinar si se produce esta aceptación por parte de la sociedad "Nitrox, S.A", deberíamos plantearnos, entonces, qué actos manifiestan una aceptación tácita de los contratos concluidos antes de la inscripción registral. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha entendiendo, tradicionalmente que ésta quedaría evidenciada en los supuestos en los que puede señalarse la ejecución o el aprovechamiento por parte de la sociedad, de los beneficios o ventajas derivadas de los negocios jurídicos concluidos¹⁰.

En función de la información de la que se dispone, debe rechazarse la existencia de una aceptación del contrato de compraventa concertado con la sociedad "Aventa, S.L." en la medida en la que no se aprecia ningún acto de "Nitrox, S.A", ni expreso ni tácito, destinado a la confirmación de dicho contrato, por lo que tampoco en esta ocasión se cumplen los requisitos necesarios para considerar responsable de la deuda generada a la propia sociedad en formación.

C.I.3. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto anteriormente permite concluir que la responsabilidad por la deuda generada con la entidad "Aventa, S.L" por la conclusión de un contrato de compraventa de mercancía no ha de recaer sobre el administrador único, Héctor, sino sobre la propia sociedad "Nitrox, S.A" que deberá responder con su patrimonio, al entenderse que el administrador se encontraba facultado para el desarrollo del objeto social y la conclusión de cualquier clase de contrato que fuera necesario para la buena marcha y ejercicio del mismo al concurrir la excepción recogida en el artículo 37.3 L.S.C., a la regla general de responsabilidad. Lo anterior supone, por lo tanto, que deban entenderse desestimadas las peticiones transmitidas por los socios Mercedes, Ana y Sonia, que pretendían que la deuda fuese atendida por Héctor.

CII. CUESTIONES RELATIVAS A LA LETRA DE CAMBIO

C.II.1. CONCEPTO Y NATURALEZA

La correcta determinación y comprensión de las acciones que corresponderían al tenedor de la letra de cambio a través de la que se ha documentado la deuda existente entre las sociedades "Nitrox, S.A" y "Aventa, S.L" debe partir, necesariamente, de un análisis previo de la naturaleza jurídica de este instrumento cambiario así como de los principales elementos personales implicados en esta relación.

La letra de cambio es definida por Sánchez Calero¹¹ como *"El título-valor que incorpora una orden incondicionada, dada por quien lo emite, a otra persona de pagar una suma determinada a un tercero"*.

En la medida en que su origen se sitúa en Italia en el siglo XII en el seno de la vida comercial, la principal función que cumplían estos instrumentos, se relacionaba con el cambio de moneda entre comerciantes que, mediante la firma de un documento,

¹⁰ STS 11 abril de 1992 (RJ 1992/3096)

¹¹ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen II, Aranzadi, 2013, p. 80 y ss.

reconocían haber recibido una serie de fondos en una de las plazas y se obligaban a reintegrarlos en otra. En la actualidad, a pesar de que su empleo no se encuentra únicamente ligado al mercado cambista, su naturaleza la sigue definiendo como una importante herramienta de crédito comercial y financiero cuyas principales funciones son las siguientes¹²:

1. Constituir un **instrumento de crédito a corto plazo**: De ello deriva su gran utilización en el ámbito comercial como medio de aplazamiento del precio en contratos de compraventa suscritos entre los clientes y sus proveedores.
2. Servir de **instrumento financiero**: Es también usual en el ámbito financiero, el empleo de letras de cambio como medio de instrumentación de un crédito concedido por una entidad financiera a un cliente.
3. **Garantizar el pago del crédito** que se documenta a través de la letra: Reflejar un crédito mediante una letra de cambio supone dotar de seguridad jurídica la relación comercial o financiera de la que se trate en la medida en que los integrantes en la misma acuerdan, mediante su suscripción, comprometerse a su buen fin.

C.II.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

En relación a los elementos personales identificados en el caso que se plantea, el primero de los sujetos integrantes de la letra de cambio corresponde al *librador*. El librador se define como la persona que emite el documento y, por lo tanto, queda obligada a garantizar el pago de la deuda, sin que pueda hacer figurar en la letra de cambio que emite, ninguna cláusula que pretenda suponer una exoneración de esta responsabilidad. En la medida en que, la labor del librador se corresponde con la emisión de una orden de pago, puede considerarse una figura de naturaleza análoga a la del mandante. En el caso que se nos plantea, la figura del librador se encuentra encarnada a través de la sociedad "Aventa, S.L.", en la medida en que su representante, por poder, emite la letra de cambio destinada a recoger el aplazamiento del precio del contrato de compraventa de material informático suscrito con la entidad "Nitrox, S.A."

Recae también sobre la sociedad "Aventa, S.L." la figura de *tomador o tenedor* de la letra, entendiéndose como tal, aquel sujeto a favor del cual ha de realizarse el pago. Es necesario tener en cuenta, además, que la mención expresa del nombre del tomador en la propia letra de cambio, es considerado, por el artículo 1.6º de la L.C.Ch. como un requisito formal imprescindible, a pesar de que algunos tribunales como es el caso de la Audiencia Provincial de Sevilla en su sentencia de 4 de febrero de 1995¹³, reconocen la existencia de una importante "*corriente doctrinal y jurisdiccional que no niega eficacia ejecutiva a las letras de cambio sin designación de tomador, cuando la relación cambiaria se plantea y desenvuelve entre librador y librado, sin intervención terceras personas*". Esta clase de letras de cambio, como la que figura en el ejemplo práctico analizado y en las que las figuras del librador y tomador concurren en un mismo sujeto, son denominadas letras giradas "a la propia orden del librador" y, en la medida en que

¹² ¹² MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Civitas, 2014, p. 432-433.

¹³ (AC\1995\346).

ya cuenten con esta condición en el momento de ser emitidas, son consideradas realidades muy próximas al pagaré.

Por otro lado, la figura del *librado* se corresponde con la del sujeto al que va dirigida la orden de pago y que, por lo tanto, a priori estaría obligado al desembolso de la cuantía adeudada. Parece lógico, sin embargo, a los efectos de otorgar seguridad jurídica a esta clase de operaciones, que no se convierta en efectivo deudor de la cuantía que figura en la letra de cambio en tanto no proceda a la aceptación de la misma, momento en el que adquirirá la denominación de librado aceptante. En este sentido, debe considerarse como librado a la sociedad "Nitrox, S.A.", en la medida en que es la que se obliga al pago de la deuda existente contra la sociedad "Aventa, S.L."

A pesar de que en el caso concreto no se aprecian, existen otros dos elementos personales relativos a las letras de cambio muy comunes en el tráfico económico. Se trata, en primer lugar del endosante y endosatario, que serán aquellos a los que el tomador transmita la letra junto con el derecho de crédito que incorpora. Por otra parte, es común que las letras de cambio incluyan sujetos externos a la relación cambiaria inicial y que participen en ella con el objeto de garantizar el cumplimiento del pago de la cantidad adeudada; son los denominados avalistas.

CII. 3. ACCIONES CAMBIARIAS EJERCITABLES

Pueden definirse las acciones cambiarias¹⁴ como aquellas que asisten al tenedor de la letra de cambio para, en los supuestos de crisis por impago de la letra o existencia de duda razonable sobre dicho pago, exigir a los órganos jurisdiccionales que decreten la obligación de los sujetos responsables, en función de la acción ejercitada, de satisfacer dicho crédito. A los efectos de conocer las implicaciones de estas acciones, resulta necesario remitirse al contenido del artículo 49 de La Ley Cambiaria y del Cheque que establece, en relación a las acciones cambiarias, que el tomador de la letra de cambio dispondrá de acción directa o de regreso.

CII.3.1. ACCIÓN DIRECTA

En primer lugar, se denomina *acción directa* (art. 39 L.C.Ch) a aquella que el tomador ejercita, en caso de impago de la cantidad aplazada, contra el librado aceptante o sus avalistas. En este caso debe tenerse en cuenta que, tal y como señala Jiménez Sánchez¹⁵, la alusión que realiza la ley a la figura del tenedor, debe entenderse referida a cualquier sujeto que ostente esta consideración, incluso el librador. Sin embargo, esta previsión no permite incluir supuestos en los que la acción directa pueda ser ejercitada entre coaceptantes o coavalistas. Por otra parte, debe señalarse que la acción directa cuenta con dos particularidades formales de gran interés: en primer lugar, no decae por el hecho de no haber presentado la letra al cobro en el día de vencimiento¹⁶ y, asimismo, su validez no se encuentra sometida a la necesidad del levantamiento del protesto, tal y como se deduce del contenido del artículo 49 L.C.Ch así como se señala en la doctrina jurisprudencial¹⁷ del Tribunal Supremo. Por lo que se refiere al concreto supuesto

¹⁴ JIMENEZ SANCHEZ, G.: *Derecho Mercantil*, Ariel Derecho, Hospitalet, 2006, p.106

¹⁵ JIMENEZ SANCHEZ, G.: *Derecho Mercantil*, Ariel Derecho, Hospitalet, 2006.

¹⁶ AP Sevilla 4 febrero 1995 (AC\1995\346).

¹⁷ STS 26 febrero 1982 (RJ 1982\791) / STS 17 noviembre 1986 (RJ 1986\6438) / STS 29 marzo 1989 (RJ 1989\2278)

analizado, esta acción directa, al no existir avalistas, solamente podrá ser dirigida contra "Nitrox, S.A" al ser esta sociedad la que cuenta con la condición de librado aceptante. Es importante, además, tener en cuenta el plazo de prescripción relativo al ejercicio de la acción directa y que se encuentra regulado en el artículo 88 L.C.Ch., en cuyo tenor literal se establece lo siguiente "*Las acciones cambiarias contra el aceptante prescriben a los tres años, contados desde la fecha del vencimiento*", por lo que, aplicando lo anterior al caso concreto, esta acción cambiaria podrá ser ejercitada hasta el día 30 de agosto de 2015. Al respecto de la prescripción puede resultar interesante, así mismo, mencionar la existente tendencia jurisprudencial¹⁸ a considerar que la interposición en plazo de la acción correspondiente a la prescripción se acreditará a través de la fecha de presentación en el Juzgado.

Por último, no debe perderse de vista que el plazo de prescripción establecido en el artículo 88 L.C.Ch., resulta únicamente aplicable a las acciones cambiarias, de manera que, tal y como se ha reiterado en la jurisprudencia¹⁹, en ningún caso puede aplicarse este plazo de prescripción a las acciones cambiarias si las que se están ejercitando son las acciones causales que derivan del contrato subyacente del que trae causa el título-valor, del mismo modo que no puede pretenderse la aplicación del plazo de prescripción causal cuando se ejercita una acción cambiaria.

CII.2.3.2. ACCIÓN DE REGRESO

La acción de regreso, por su parte, podrá ser ejercitada, en función de lo establecido en el artículo 49 L.C.Ch., contra cualquier otro obligado cambiario que participe en la relación jurídica. Además, a diferencia de lo que ocurre con la acción directa, la acción de regreso puede ser ejercitada no solamente en los supuestos de incumplimiento del pago sino también en aquellos casos en los que no exista seguridad sobre el mismo como medio de garantía para el tenedor. En el primero de los casos será ejercitada al vencimiento de la letra, como resulta lógico y, en el segundo, antes de que se produzca éste.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en el caso concreto que se analiza, en la medida en que se trabaja sobre una letra de cambio emitida "a la propia orden del librador" y que, por lo tanto, tal y como se ha indicado previamente, no existen en la relación jurídica sujetos distintos al librador, librado y tomador, la sociedad "Aventa, S.L" no dispondrá de la posibilidad de ejercitar esta acción contra ningún obligado cambiario.

A pesar de la inaplicabilidad de esta acción cambiaria y a los efectos de dar respuesta a la cuestión relativa a las posibles acciones subsistentes a pesar del no levantamiento de protesto, parece necesario realizar una aproximación a las implicaciones de esta figura jurídica.

¹⁸ Por todas, SAP Málaga 9 octubre de 1995 (AC 1995\2585)

¹⁹ SAP Sevilla 2 julio de 1993 (AC 1993\1393) ; SAP Pontevedra 14 enero de 1993 (AC 1993\618); SAP 20 junio 1995 (AC 1995\1262).

C.II.2.3.2.1. PROTESTO

El protesto constituye, tal y como se desprende del contenido del artículo 51 L.C.Ch el acto mediante el cual se hace constar la falta de pago o aceptación de la letra por parte de quien corresponda. Constituye un acto tradicionalmente considerado de naturaleza notarial, a pesar de que, en la actualidad, es posible su realización mediante la denominada declaración equivalente a través de la que se deje constancia de la denegación del pago o de la aceptación. Esta declaración equivalente carecería de efectos en aquellos casos en los que el librador hubiera exigido en la propia letra el levantamiento de un protesto notarial tal y como se recoge en el contenido del artículo 51 de la Ley Cambiaria y del Cheque y ha sido reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰. En lo que respecta a sus requisitos temporales, el protesto, tal y como recoge el propio artículo 51 L.C.Ch., debe ser levantado dentro de los 8 días hábiles siguientes a la presentación a aceptación, en la medida en que su finalidad es acreditar la falta de pago y esto no puede lograrse sino es después del vencimiento de la letra²¹.

Asimismo, resulta de especial interés tener en cuenta que existe la posibilidad de dispensar al tomador de la obligación de levantar protesto mediante la indicación, escrita y firmada en la letra de cambio, de la cláusula "devolución sin gastos" o "sin protesto" tal y como se advierte en el artículo 56 L.C.Ch. Parece evidente que esta dispensa solamente pueda ser aplicable a la acción de regreso y, en ningún caso a la acción directa en la medida en que no constituye un requisito formal de esta última, tal y como se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19 de julio de 2002²². Debe recordarse, igualmente, que esta dispensa no supone, sin embargo, que el eventual levantamiento de protesto por quienes estuviesen exonerados de él deba considerarse como un acto ilícito, pero de los gastos que se deriven del mismo será únicamente responsable el tomador de la letra de cambio.

C.II.4. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto anteriormente debe llevarnos, por tanto, a concluir que la única acción de la que dispondría "Aventa, S.L" sería la acción directa contra la sociedad "Nitrox, S.A" y en ningún caso la acción de regreso al no existir otros obligados cambiarios en la relación contra los que pudiera ser ejercitada. No obstante, para aquellos supuestos en los que sí resulte de aplicación, no debe olvidarse la existencia de un requisito formal ineludible para su puesta en marcha: el levantamiento de protesto salvo en el caso de que existiera una cláusula exonerante en la letra de cambio de la que se trata; información de la que no se dispone según los datos del caso planteado. Por ello, si no existe dicha cláusula y no se cumple este requisito, la única acción que subsistiría sería la directa contra el aceptante y sus avalistas. En todo caso, el importe máximo que podrá ser reclamado por "Aventa, S.L a través de la acción ejercitada se corresponderá con el montante derivado de la suma del importe de la letra (20.000€), más los intereses legales devengados a partir de que tenga lugar el vencimiento de la obligación y los demás gastos en los que se haya incurrido.

²⁰ STS 5 mayo 2000 (RJ 200,3386).

²¹ SAP Huelva 21 abril de 1993 (AC 1993\465)

²² (AC\2002\1444).

CIII. CUESTIONES RELATIVAS A LA ACEPTACIÓN DE LA LETRA DE CAMBIO

No parece aceptable, en modo alguno, realizar una valoración sobre la adecuación a derecho de la aceptación de la letra de cambio que se expresa en el supuesto práctico sin realizar, de forma previa, una aproximación a dicha realidad jurídica.

CIII.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La aceptación, tal y como se deduce del contenido del artículo 33 L.C.Ch, es el acto por el cual el librado se obliga a pagar la letra de cambio a su vencimiento, encontrándose su régimen jurídico recogido en los artículos 25 a 34 de la misma norma.

Tradicionalmente ha existido un importante debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de la aceptación, a pesar de que, como señala el profesor García-Pita²³, éste ha perdido su “apasionamiento original”. Sin embargo, resulta interesante señalar las principales inclinaciones acerca de esta cuestión:

- **Teorías unilateralistas:** Defensoras de que la aceptación únicamente supone un acto unilateral y autónomo.
- **Teorías contractualistas:** Que consideran que la aceptación no es más que la adhesión a una oferta contractual.

Sin embargo, señala García Pita en la misma obra que ambas teorías no resultaron totalmente satisfactorias en la resolución de esta cuestión, de manera que en la actualidad se ha fluido a una cierta bilateralidad.

Se localiza otro importante debate en relación a la posible falta de aceptación y sus efectos, respecto a la cual se ha manifestado, también, la jurisprudencia, interpretando posiciones de todo tipo. Por una parte, la Audiencia Provincial de Lugo señala en su sentencia de 22 de marzo de 1995²⁴ que la inexistencia de aceptación, desprovee a la letra de cambio de su naturaleza como tal, convirtiéndola en un pagaré u otro efecto mercantil. Por otro lado, sentencias como la de la SAP Navarra de 20 de noviembre de 1996²⁵, determinan que la falta de aceptación no priva de eficacia ejecutiva a la letra de cambio y no impide, de modo alguno, que ésta conserve su naturaleza, por lo que, como puede observarse, el parecer no es unánime.

Los requisitos formales del acto de aceptación, por su parte, aparecen recogidos en el artículo 29 L.C.Ch, señalándose que ésta no solamente tendrá lugar a través de la expresión "acepto" o fórmulas similares acompañadas de la firma del librado, sino que la mera firma sin hacer constar más elementos sería suficiente para considerar aceptada la letra. Esta apreciación introducida por el precepto legal es, así mismo, reiterada por diversos tribunales, tales como la Audiencia Provincial de Navarra y de Granada²⁶.

Recuerda Sánchez Calero, por otra parte, que el acto de aceptación cuenta con un carácter voluntario para el librado²⁷, no suponiendo su negativa ninguna consecuencia

²³ GARCÍA-PITA LASTRES, J.L. , *La aceptación de la letra de cambio*, La ley, Madrid, 1992, pp. 22-23

²⁴ Recogida en la obra de VALPUESTA, E.M., *Práctica cambiaria*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 133.

²⁵ AC 1996\2080

²⁶ SAP Granada 8 julio de 1992 (AC 1992\1014) SAP Navarra 5 febrero de 1993 (AC 1993\162).

²⁷ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen II, Aranzadi, 2013, p. 103.

para él, más allá que su no inclusión dentro de los denominados obligados cambiarios. Así se pronuncia, del mismo modo, la Audiencia Provincial de Vizcaya en su sentencia número 495/2005²⁸ en la medida en que señala que "*con su negativa a la aceptación, el librado que rehusó no puede ser compelido a pagar. Con la negativa, el librado no se integra como obligado principal y directo*". En el mismo sentido se posiciona la Audiencia Provincial de Barcelona²⁹ en su sentencia del 16 de noviembre del 2000 cuando afirma "*[...] Si lo acepta, se convierte en el deudor cambiario directo y principal pero si no lo acepta el librado no está ligado por vínculo cambiario alguno con su librador o tenedor, quedando por tanto al margen o fuera del círculo de los obligados cambiarios*".

Por otro lado, es importante tener en cuenta que la aceptación puede realizarse en cualquier momento previo al vencimiento del título. Sin embargo, se abre al librador la posibilidad de solicitar que la aceptación tenga lugar de forma previa a la circulación del título como medio para garantizar al tenedor una mayor seguridad sobre el cobro de la cuantía de la que se trata al contar con el compromiso expreso del librado³⁰

C.III. 2. PRESENTACIÓN A ACEPTACIÓN

Dentro de lo que se refiere a la aceptación de la letra de cambio, resulta especialmente relevante lo relativo a la presentación a la aceptación, regulada en los artículos 25 a 28 de la Ley Cambiaria, que distingue entre los supuestos en los que ésta tenga un carácter meramente voluntario y aquellos en donde constituye un requisito sine qua non para la validez de la aceptación.

Respecto al carácter voluntario de la presentación, éste queda evidenciado a través del tenor literal del artículo 25 en la medida en que señala que el tenedor o cualquier portador de la letra "podrá" presentarla a la aceptación del librado. Es interesante reparar en la razón de ser de dicha previsión que radica, según lo defendido por Sánchez Calero³¹ en la naturaleza de instrumento de garantía del cobro de cara al tomador de la misma, por lo que parece razonable que la decisión de presentar a aceptación la letra tenga un carácter voluntario para el tomador, debido a que podría ser suficiente para el mismo la firma del librador.

Por otra parte, la presentación a aceptación de la letra de cambio será preceptiva en dos casos:

- En función de lo establecido en el artículo 26 L.C.Ch., cuando el librador así lo determine, pudiendo fijar un plazo para que esta presentación tenga lugar.
- En todo caso, cuando se trate de letras giradas a un plazo desde la vista, transcurrido un año desde su fecha (art. 27.1. L.C.Ch.).

En el caso analizado, por lo tanto, teniendo en cuenta que, de la información facilitada no se deduce la concurrencia de ninguno de los dos supuestos señalados anteriormente, puede concluirse que la presentación por parte del representante de "Aventa, S.L", de la letra a la aceptación del librado "Nitrox, S.A.", ha tenido un carácter voluntario.

²⁸ JUR\2006\4177

²⁹ JUR 2001\109592

³⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Civitas, 2014, p. 439.

³¹ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Aranzadi, 2013, p. 105.

C. III.3. REQUISITOS Y FORMA DE ACEPTACIÓN

La aceptación de la letra de cambio, en la medida en que es expresada por escrito y firmada en la propia letra, se considera una declaración cambiaria, debiendo cumplir, como tal, una serie de requisitos formales entre los que destacan los siguientes:

En primer lugar, como ya se ha adelantado, será necesario que la aceptación se recoja gráficamente en la letra de cambio, bien mediante la palabra acepto y la firma del librado o solamente mediante la firma (art. 29.1 L.C.Ch).

Por otra parte, tal y como se señala en el artículo 29.2. L.C.Ch., será necesario hacer figurar la fecha en la que se produce dicha aceptación en aquellos casos en los que nos encontremos ante una letra pagadera en un cierto plazo desde que se produce la vista o en el supuesto de que ésta deba ser presentada a la aceptación en un plazo determinado, no pudiendo defenderse, en otro caso, la nulidad del título o su carencia de fuerza ejecutiva por la omisión de este dato.

Por otra parte, y a pesar de que el precepto legal que engloba dichos requisitos no lo recoge como tal, parece interesante no dejar de mencionar entre los mismos, del modo que lo hace Sánchez Calero³², que la aceptación se perfecciona una vez la letra es devuelta después de ser firmada por el librado.

Si se trata, entonces, de determinar en base a lo anterior, si en el concreto caso que se plantea se han respetado los requisitos señalados en los preceptos enunciados anteriormente en relación a la aceptación de la letra de cambio a través de la que se ha documentado la deuda existente entre "Nitrox, S.A" y "Aventa, S.L.", y teniendo en cuenta que dicha aceptación ha tenido lugar por parte del administrador único de la sociedad "Nitrox, S.A." en representación de la misma, parece evidente que resulte necesario realizar, además, un análisis previo a la obtención de una conclusión, que verse sobre el cumplimiento de las implicaciones de la aceptación por representación, cuyas implicaciones aparecen reguladas en los artículos 9 y 10 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

C.III.4. OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE EN NOMBRE DE OTRO

Existen varios requisitos para poder obligarse cambiariamente en nombre de otro, siendo los siguientes:

Poder

El artículo 9 de la Ley Cambiaria señala que los sujetos que estampen su firma en nombre de otro en una letra de cambio deben estar autorizados para ello a través del correspondiente poder de aquellos a los que representen, del mismo modo que sucede con cualquier declaración de voluntad como es el caso de las declaraciones cambiarias. Sin embargo, este poder se presume existente, como ya se había venido reconociendo en el artículo 447 del Código de Comercio, en el caso de que la representación sea ostentada por los administradores de una sociedad (art. 9.2 L.C.Ch.). La explicación de esta previsión deriva de las diferentes singularidades que la representación cambiaria

³² SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen II, Aranzadi, 2013, p. 107 y ss.

experimenta según se represente a una persona física o a una persona jurídica. En el primero de los casos se entiende que, debido a las consecuencias que pueden acarrear las declaraciones cambiarias, será necesario la emisión de un poder especial y expreso, mientras que, en el caso de las personas jurídicas, las declaraciones cambiarias se entienden como actos de mera gestión de las sociedades³³ y, por lo tanto, para los que los gestores o administradores de las mismas han de disponer, de manera inequívoca, de poder de representación por su propia condición³⁴, hecho no sólo reconocido en el derecho positivo sino también defendido por la jurisprudencia en numerosas sentencias como la del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998³⁵.

En el caso concreto, teniendo en cuenta que la aceptación en nombre de la sociedad "Nitrox, S.A" es realizada por Héctor en calidad de administrador único de la misma y, teniendo presente lo anteriormente expuesto, puede concluirse que sí se cumple el requisito de poder al que alude el artículo 9 L.C.Ch.

Forma

El artículo 9 L.C.Ch. alude, a su vez, a la necesidad de que el poder con el que se cuenta para obligarse cambiariamente en nombre de otro sea recogido de manera expresa en la antefirma de la letra de cambio, es decir, se requiere expresar la contemplatio domini. Sin embargo, es relevante destacar que dicho precepto no recoge la forma en la que dicha contemplatio domini debe ser exteriorizada, lo que ha generado intensos debates doctrinales culminados con la enunciación de dos teorías doctrinales³⁶:

- **Corriente doctrinal restrictiva:** Considera que el reflejo de la contemplatio domini constituye un requisito ad solemnitatem, de manera que, si no se hace constar en la letra de cambio mediante las expresiones pp, po, pr u otras fórmulas análogas, la validez de la declaración se vería afectada.
- **Corriente doctrinal más permisiva:** Entiende que la contemplatio domini constituye un requisito ad probationem, de manera que su omisión no tendría efectos sobre la validez de la declaración, mientras se pueda probar por cualquier otro medio admitido en Derecho.

Sin embargo, más allá del debate doctrinal al respecto, resulta interesante establecer un acercamiento al posicionamiento jurisprudencial respecto esta materia. En este sentido, autores como Díaz de Lezcano³⁷ sostienen que nuestros tribunales, tradicionalmente inclinados hacia una consideración de la contemplatio domini como un requisito ad solemnitatem, en la actualidad muestran una visión mucho más flexible respecto de la misma a pesar de que este mismo autor señala la existencia de otra corriente doctrinal

³³ Carácter reconocido en sentencias como SAP de Pontevedra de 26 de abril de 1993 (AC 1996\629).

³⁴ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. *La representación cambiaria*, Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Madrid, 2015, p.1995.

³⁵ (RJ 1998\3465)

³⁶ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. *La representación cambiaria*, Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Madrid, 2015, p.1995.

³⁷ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. *La representación cambiaria*, Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Madrid, 2015, p.1999

que sostiene que el Tribunal Supremo nunca se ha pronunciado de manera taxativa al respecto sentando doctrina y que su posicionamiento, por lo tanto, ha sido eminentemente casuístico.

No obstante, sí podemos señalar un pronunciamiento jurisprudencial al respecto del tema que nos ocupa en el supuesto planteado: la aceptación por parte de Héctor por medio del sello de la sociedad. En este caso, partiendo de la consideración de que, además del sello correspondiente, Héctor hace figurar en la letra de cambio su firma, sin la cual no existiría aceptación (art. 29 L.C.Ch.), el debate se centraría en si sería válido el reflejo de tal estampilla únicamente o también sería necesario recoger en la letra una de las fórmulas señaladas anteriormente (pp, po, pr u análogas).

En este sentido, el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, señala que la contemplatio domini queda correctamente acreditada a través de la estampilla de la sociedad sin que se requiera su reflejo cartular, quedando, por lo tanto, probada la actuación en representación de ésta, en la medida en que se considera que queda patente, como tal, frente a terceros³⁸.

C.III.4. LUGAR DE ACEPTACIÓN

Cabe hacer una breve referencia, por otra parte, a lo relativo al lugar donde se produce la aceptación de la letra de cambio. En este sentido, el artículo 25 de la Ley Cambiaria y del Cheque, señala que la letra se presentará a aceptación en el lugar del domicilio del librado. En el supuesto analizado se indica que el representante de la sociedad “Aventa, S.L” presenta la letra de cambio a la aceptación de Héctor en representación de la sociedad “Nitrox, S.A” en el domicilio del administrador. Sin embargo, no debe olvidarse que la condición de librado es poseída por la sociedad “Nitrox, S.A” con independencia de que ésta actúe por medio de un representante, de manera que, en la medida en que el citado precepto alude al domicilio del librado, la letra debería haberse presentado a aceptación en el domicilio social pertinente y no en el domicilio participar del representante.

C.III. 5. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta todo lo establecido en relación a esta cuestión, pueden concluirse que la letra se entiende aceptada a través de la presencia en el anverso de la firma de Héctor. Además, la contemplatio domini se entiende reflejada por la mera presencia del sello de la sociedad "Nitrox, S.A", sin que sea necesario que figuren más alusiones por escrito en relación al poder de representación de la sociedad ejercitado por Héctor. Sin embargo, debe señalarse que, tal y como se ha sostenido en el epígrafe precedente, sí se aprecia en la aceptación un defecto de forma en relación al lugar en donde la letra se presenta a aceptación del librado, debiendo haberse presentado en el domicilio social de la sociedad “Nitrox, S.A”.

³⁸ STS 19 mayo 2009 (RJ 2009\3180) , STS 6 septiembre 2013 (RJ 2013\6810) / y STS 24 marzo 2014 (RJ 2014\1924) entre otras.

C.IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA JUNTA GENERAL

La naturaleza de los órganos conformantes de las sociedades de capital recuerdan, en cierto modo, a los poderes legislativo y ejecutivo de un Estado: de un lado, la denominada junta de accionistas o de socios respectivamente según se trate de sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, será el órgano destinado a la deliberación de los principales asuntos a tratar en la sociedad y representará el poder legislativo de la misma, en la medida en que, en este caso, trata de manifestar la voluntad social. De otro lado se encuentra el órgano de administración, cuyas funciones pueden condensarse en la ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general, de manera que puede entenderse que queda supeditado a ésta en todo lo manifestado por la misma. A los acuerdos adoptados quedan también sometidos los socios de la sociedad, incluidos, tal y como recuerda el artículo 159.2 L.S.C. los disidentes y los que no hayan acudido a la celebración de la misma.

No debe olvidarse, además, que, como recuerda García de Enterría³⁹, la junta ostenta además la capacidad de deliberar y acordar todo lo necesario para la buena marcha de la sociedad y la consecución de los intereses sociales. Por último, en relación a las funciones ostentadas por la junta y tal y como recoge García de Enterría⁴⁰, no puede entenderse que éstas cuentan con un carácter ilimitado, sino que existen ciertas líneas que ésta no puede sobrepasar, entre las que el autor destaca las siguientes:

1. En primer lugar, la sociedad debe garantizar a los socios, tal y como se recoge en el artículo 97 L.S.C. que recibirán un trato igualitario con respecto a aquellos que se encuentren en sus mismas condiciones, sin que la junta general pueda adoptar algún acuerdo que rompa con este principio de paridad en el trato.
2. Por otro lado, el poder de la junta queda limitado por las funciones otorgadas al órgano de administración, en el sentido de que los actos realizados por ésta no pueden interferir, en modo alguno, en las competencias de los administradores.

C.IV. 2.CLASES DE JUNTAS

C.IV.2.1. JUNTA ORDINARIA

La Ley de Sociedades de Capital señala en su artículo 164, tanto para el caso de la sociedad anónima como para la sociedad de responsabilidad limitada, la obligatoriedad de convocar una junta general de manera periódica destinada a tratar los aspectos esenciales de la gestión social

Este tipo de juntas, denominadas ordinarias, deben ser celebradas, con carácter preceptivo, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio económico, a pesar de que, tal y como se recoge en el apartado segundo de dicho precepto número 164, la

³⁹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Civitas, 2014, p. 487.

⁴⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, Civitas, 2011, p. 487-488.

convocatoria o celebración de la misma fuera del plazo establecido por la norma legal, no supone su invalidez.

Además, como se ha adelantado, las juntas ordinarias cuentan con un contenido mínimo e inatacable destinado a garantizar el tratamiento en las mismas de las cuestiones esenciales relativas a la marcha de la actividad societaria. En concreto, el artículo 164.1. L.S.C alude a las siguientes:

- Aprobación o censura de la gestión social.
- Aprobación o censura de las cuentas anuales del ejercicio anterior.
- Adopción de acuerdos relativos a la aplicación del resultado obtenido en el ejercicio anterior.

En el caso analizado, en función de lo que se extrae del texto que se ha facilitado, la sociedad Nitrox, S.A, celebra una Junta General Ordinaria el día 5 de febrero de 2014. En función de lo expuesto en el párrafo anterior y a falta de analizar posteriormente el cumplimiento de los requisitos necesarios para entender convenientemente convocada dicha junta, puede concluirse que la celebración sí se realiza en plazo, al tener lugar dentro de los seis primeros meses del ejercicio 2014.

C.IV.2.1. JUNTAS EXTRAORDINARIAS

Además de las juntas que deben ser celebradas con carácter obligatorio, la Ley de Sociedades de Capital, abre la posibilidad a los administradores, de convocar cuantas juntas consideren convenientes, por lo tanto, sin una periodicidad determinada, y destinadas a tratar cualquier tipo de asunto, tanto de gran relevancia como relativas a cuestiones de la gestión diaria de la sociedad.

Sin embargo, no deben incluirse solamente en este concepto aquellas juntas que, fuera de la obligatoriedad establecida para las de carácter ordinario, decidan convocar los administradores de la sociedad en base a los intereses sociales, sino también aquellas que éstos deban convocar, tal y como señala el artículo 168 L.S.C. cuando así lo soliciten uno o varios socios que reúnan el 5% del capital social, debiendo, en este caso, convocarse dentro de los dos meses siguientes a que se realice dicha solicitud.

C.IV. 1 . CONVOCATORIA

Teniendo claro, por lo tanto, las características de la junta general desarrolladas anteriormente, debemos enfrentarnos, en este momento, al análisis de la concurrencia en el caso planteado, de los requisitos necesarios para entender como válidamente constituida la junta de accionistas celebrada el día 5 de febrero de 2014 por la sociedad Nitrox, S.A. A los efectos de facilitar el análisis de todos los puntos que deben ser considerados al respecto, debe aludirse a los siguientes factores:

C.IV. 1.1. SUJETOS QUE LA CONVOCAN

La convocatoria de las juntas generales, tanto ordinarias como extraordinarias, tiene lugar por los administradores de la sociedad o, en su caso, por los liquidadores de la

misma (art. 166 L.S.C). Así, puede entenderse que esta previsión parte de la consideración de los administradores como los sujetos más idóneos para establecer la conveniencia de la convocatoria de una Junta General en la medida en que son los mejores conocedores de la situación de la sociedad y, por ende, de la necesidad de adoptar una serie de acuerdos destinados a asegurar la buena marcha de la sociedad⁴¹. Sin embargo, parece lógico que, a los efectos de evitar un posible interés de estos sujetos en no convocarla, la ley articule una serie de mecanismos que permitan acceder a una convocatoria de la misma, en concreto, por vía judicial, regulada en los artículos 169 y 170 L.S.C. Esta competencia por parte del órgano de administración ha sido reiterada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas sentencias⁴². Además los órganos jurisdiccionales advierten de que el incumplimiento de un requisito formal de este calibre deriva, de forma inequívoca, en la legitimación para el ejercicio de la acción impugnatoria que corresponda⁴³.

En el caso planteado, no se alude a la identidad de los sujetos que han procedido a dicha convocatoria por lo que no se dispone de información suficiente como para concluir si la Junta General celebrada el día ha sido convocada por los sujetos con facultad para ello. Sin embargo, puede entenderse que, a falta de información en contrario, ha sido convocada por Héctor y cumple, por lo tanto, con el requisito señalado en este epígrafe.

C.IV.1.2. FORMA DE LA CONVOCATORIA

A los efectos de proceder a la efectiva convocatoria de la junta general, el órgano de administración dispone de varias posibilidades que se tratan a continuación. No resulta extraño que el legislador haya optado por la alusión a mecanismos de convocatoria de carácter público en lugar de decantarse por un sistema privado de convocatoria; la respuesta, defiende Bolás Alfonso⁴⁴, parte de considerar que, si bien en las sociedades de responsabilidad limitada este sistema podría resultar operativo, la existencia de un gran número de socios en las sociedades anónimas y no concurrencia, en todos los casos, de acciones nominativas, determina la imposibilidad material de proceder a una convocatoria mediante anuncio personal a los socios. A los efectos de poder determinar si en el caso concreto se cumplen los requisitos formales de la convocatoria de la Junta General, se señalan, a continuación, los distintos mecanismos con los que cuenta la sociedad “Nitrox, S.A” para llevarla a cabo.

Anuncio a través de página web

En primer lugar, el artículo 173.1. L.S.C plantea la posibilidad de proceder a la publicación de la convocatoria a través de la página web de la sociedad en cuestión siempre y cuando ésta *"hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis"* de la misma norma. Dicho artículo 11 bis alude expresamente a la necesidad de que el acuerdo de creación de dicha web por parte de la junta general de la sociedad, se encuentre inscrito en el Registro Mercantil, así como publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, recordando que mientras esta

⁴¹ BOLÁS ALFONSO, J. , *La Junta General de Accionistas*, CISS, Valencia, 1999, p. 33.

⁴² STS 14 marzo de 2005 (RJ\2005\2230) y STS 9 diciembre de 2010 (RJ\2011\291).

⁴³ SAP Madrid 14 febrero 2008 (JUR\2008\122581).

⁴⁴ BOLÁS ALFONSO, J. , *La Junta General de Accionistas*, CISS, Valencia, 1999, p. 35.

publicación no tenga lugar, las cuestiones reflejadas en dicha página por la sociedad, carecerán de efectos jurídicos⁴⁵.

En el caso que se plantea, el anuncio de la convocatoria tiene lugar el día 20 de enero de 2014 a través de este medio, la página web. Sin embargo, en la información de la que se dispone se hace constar que la sociedad no ha procedido a la inscripción del acuerdo de creación de la misma en el Registro ni a su correspondiente publicación en el BORME. Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, no puede entenderse que la convocatoria de la Junta por parte de la sociedad “Nitrox, S.A” sea válida, por lo que el órgano de administración debería haber procedido al empleo de alguno de los instrumentos establecidos a continuación.

Anuncio a través de BORME y diario de gran difusión

Tal y como se ha señalado anteriormente, en este caso, sería necesario para lograr la validez de la convocatoria, que su anuncio tuviera lugar a través del Boletín Oficial del Registro Mercantil así como en uno de los diarios de mayor difusión en la provincia en la que tenga lugar el domicilio social de la entidad, tal y como se recoge en el artículo 173.1.L.S.C. Respecto de la consideración de la alusión a un medio de gran difusión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de mayo de 2001⁴⁶, llegando a determinar que dicho término debe ser interpretado en un sentido amplio, en la medida en que resultaría necesario acudir a instrumentos de medición profesional para poder determinar la difusión efectiva de un medio de comunicación y conocer, así, cuál de los disponibles es el que presenta mayor difusión, lo cual supondría un obstáculo evidente al anuncio de la convocatoria. Dicha sentencia alude, además, a la periodicidad requerida para dicho medio de comunicación; determinando que una publicidad efectiva sólo se conseguirá a través de un medio diario y no con periodicidad semanal.

En definitiva, este es el segundo mecanismo con el que cuentan las sociedades a la hora de proceder a la convocatoria de sus juntas ordinarias y extraordinarias, especialmente en aquellos casos en los que no se cumplan con los requisitos establecidos en la normativa vigente para considerar provistas de efectos jurídicos a las publicaciones realizadas a través de la página web de la sociedad en cuestión.

Anuncios a través de mecanismos reconocidos en los estatutos

El último medio válido para el anuncio de la convocatoria de las juntas generales reconocido por la legislación vigente y que podría haber sido empleado por la sociedad Nitrox, S.A., se refiere a aquellos que sean establecidos en los estatutos sociales, siempre que no sean contrarios a la ley (art. 173.3 L.S.C)⁴⁷. Por otra parte, el artículo también señala que en los estatutos de la sociedad puede establecerse la previsión de

⁴⁵ Resulta interesante tener en cuenta la RDGRN del 2 de febrero de 2012 en relación a la convocatoria mediante página web. En este sentido, la DGRN señala que, para los supuestos en los que pretenda modificarse el mecanismo de convocatoria de un medio tradicional a la página web, no es suficiente con que el órgano de administración aluda a la dirección de ésta con el objeto de que sea recogida como nota marginal, sino que se requiere una modificación de los estatutos.

⁴⁶ RJ 2001\6473

⁴⁷ A estos efectos deben tenerse en cuenta las limitaciones impuestas en RDGRN 23 octubre 2013. No se permite que en los estatutos, empleando esta previsión, se señalen dos mecanismos alternativos de convocatoria que puedan ser empleados según convenga. Del mismo modo, no se puede establecer una cláusula en blanco que permita al órgano de administración fijar otros mecanismos según su parecer.

que la convocatoria tenga lugar a través de avisos individuales por medios escritos a cada uno de los socios de la sociedad y que asegure, de algún modo, la recepción de los mismos en los domicilios correspondientes que consten a estos efectos.

C.IV.1.3. PLAZO DE CONVOCATORIA

El último requisito a analizar, para poder conformar una opinión completa sobre la validez de la convocatoria de la Junta General Ordinaria de la sociedad Nitrox, S.A. se corresponde con el plazo en el que el anuncio ha tenido lugar. El artículo 176.1 de la Ley de Sociedades de Capital, establece que entre la realización de la convocatoria y la celebración de la junta tendrá que transcurrir, para el caso de las sociedades anónimas como la analizada, al menos el plazo de un mes. Respecto al modo de realizar el cómputo de este plazo, la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁸ se ha pronunciado al respecto estableciendo que, para el caso de que los cómputos se realicen por meses, el plazo se entiende cumplido en “*igual fecha del mes correspondiente*”. En base a lo anterior, y teniendo en cuenta que la convocatoria tiene lugar el día 20 de enero de 2014, mientras que la junta se celebra efectivamente el día 5 de febrero del mismo año, puede observarse que no se cumple con dicho plazo, por lo que debe entenderse incumplido el requisito temporal de la convocatoria, en la medida en que, en tal caso, el anuncio debería haber tenido lugar el día 5 de enero de los corrientes o bien, celebrar la Junta General el 20 de febrero. Por último, la jurisprudencia⁴⁹ también alude a su carácter de norma de derecho necesario, por lo que no sería posible que en los estatutos de la sociedad se señalase un plazo distinto.

C.IV.2. DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS

Del mismo modo que se ha procedido en anteriores cuestiones, parece necesario, de forma previa a realizar una pronunciación acerca de la correcta o incorrecta actuación del órgano de administración respecto del ejercicio del derecho de información de doña Sonia, introducir las principales características e implicaciones de este derecho.

C.IV.2.1. CONCEPTO Y FORMA DE EJERCICIO

El reconocimiento del derecho de información, a diferencia de lo que ocurre con el resto de derecho de los socios, se recoge, además de en el artículo 93 de la L.S.C, en el artículo 158 del Código de Comercio.

El desarrollo pormenorizado del derecho de información tiene lugar a través de los artículos 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital recogen el derecho de los socios y accionistas de solicitar cualquier documentación necesaria para la formación de una opinión fundamentada sobre cualquiera de los puntos tratados en el orden del día de la

⁴⁸ RDGRN 9 julio de 2007.

⁴⁹ STS 29 marzo de 1994 (RJ 1994\2532).

Junta General y, en general, sobre cualquier cuestión que sea precisa para conocer la marcha de la sociedad⁵⁰.

Respecto a las modalidades de ejercicio de este derecho para el caso concreto de la sociedad anónima al ser el que nos ocupa, los accionistas cuentan con dos posibilidades para el ejercicio de su derecho: por un lado, podrá solicitar dicha información de forma verbal o por escrito hasta los siete días anteriores a la celebración de la Junta General convocada. Por otra parte, la L.C.S. en su artículo 197.2. señala la posibilidad de que el accionista, durante el desarrollo de la Junta, solicite verbalmente las aclaraciones que considere precisas, pudiendo éstas ser resueltas por escrito a posteriori si por su naturaleza o circunstancias tales cuestiones no pudieran ser resueltas en ese momento.

C.IV.2.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

Un análisis de las principales implicaciones del derecho de información del socio permite destacar, de su naturaleza, los siguientes elementos⁵¹:

- Se trata de un **derecho individual**: El derecho de información corresponde al socio por el mero hecho de encontrarse en posesión de acciones o participaciones de la sociedad, lo que le legitima para solicitar aclaraciones sobre determinados puntos relevantes en relación a la gestión de la misma.
- Es un **derecho** de carácter **institucional**: Esta afirmación se fundamenta en que dicho derecho solamente alcanzará sus efectos con la convocatoria y celebración de la Junta General en la medida en que se encuentra pensado, tal y como se ha mencionado con anterioridad, para permitir al socio la correcta formación de un parecer acerca de los puntos a tratar en la misma.
- Se considera un **derecho de naturaleza complementaria**: La doctrina considera el derecho de información como un derecho complementario al derecho de voto, en la medida en que la información que podrá ser recabada tiene su razón de ser en la posibilidad de formarse una opinión concreta para la emisión del voto en la Junta General⁵².

C.IV.2.3. LIMITACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

En el caso que nos ocupa, sin embargo, puede observarse cómo la solicitud de información presentada por la socia doña Sonia en ejercicio de su derecho por tal condición, es atendida solamente de forma parcial, en la medida en que no le son proporcionadas las declaraciones de I.R.P.F. e I.V.A correspondientes, por lo que será necesario, por lo tanto, analizar si esta negativa encuentra algún tipo de sustento legal.

A estos efectos, debe considerarse que, tanto el artículo 196 como el 197 de la L.S.C. recogen la obligación del órgano de administración de proporcionar, de forma oral o

⁵⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Civitas, 2014, p. 496.

⁵¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. , "La información del socio ante la Junta General", *Revista Derecho de Sociedades* nº8 , 1997, pp. 11-12.

⁵² Obtenido de Calero pero la STS de 19 de septiembre de 2013 (RJ 2013\6401) señala que debe entenderse que se trata de un derecho autónomo.

escrita, la información solicitada; obligación que únicamente decaerá cuando la misma pueda quebrantar de forma patente el interés social, mecanismo establecido por el legislador como un medio de protección de la sociedad ante una posible difusión de informaciones que le resultase perjudicial a ésta, no pudiendo incluirse dentro de esa lesión al interés social, el perjuicio que la revelación de tal información pudiese suponer para otro socio o, incluso, otra entidad vinculada⁵³.

El concepto jurídico indeterminado de "perjudicar el interés social", ha generado un intenso debate acerca de qué tipo de información podría, de ser facilitada al socio, suponer un quebranto de semejante magnitud, que deba dejar en suspenso el derecho fundamental de información del socio. En todo caso, la doctrina consultada⁵⁴ señala la imposibilidad del órgano de administración de fundamentar su negativa sobre cuestiones extrasocietarias, incluyendo entre las mismas, la posible alegación por parte de los administradores del denominado deber de secreto, tanto relativo a datos bancarios, como fiscales o administrativos, en la medida en que, como señala Sánchez Calero, *"No puede hurtarse al conocimiento de los socios la eventualidad de una sanción tributaria, las conclusiones de un informe jurídico o la situación de los contratos concluidos con una determinada entidad bancaria"*. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de septiembre de 2013⁵⁵, donde señala que *"La solicitud de documentos consistentes en soportes contables, documentación bancaria y fiscal de la sociedad, por parte del socio que ha sido convocado a una junta general para la aprobación de las cuentas anuales y la censura de la gestión social entra dentro del ámbito del derecho de información"*.

Lo anterior nos llevaría a manifestar, a priori, la inexistencia de fundamentos firmes del órgano de administración relacionados con el contenido de la información solicitada para poder denegar la información solicitada a doña Sonia, al no apreciarse una lesión del interés social con dicha solicitud.

Además, de forma independiente a la inexistencia de amparo para el órgano de administración de ninguna sociedad que pueda justificar la negativa a proporcionar tal información por las materias sensibles a las que se refiere, en el concreto caso analizado opera, además, una restricción a la negativa de los administradores basada en las condiciones especiales de doña Sonia como socia, en la medida en que, suponiendo en base a los datos de los que se dispone, que no ha tenido lugar la entrada de nuevos socios en la sociedad, esta socia ostentaría un total del 25% del capital social de "Nitrox S.A", estableciendo el apartado cuarto del artículo 197 L.S.C. que no podrá denegarse una solicitud de información proveniente de un accionista que ostente, al menos, este porcentaje de capital.

Sin embargo, con carácter previo a poder considerar tal afirmación como definitiva, debería acreditarse la no concurrencia de ninguno de los supuestos en los que la jurisprudencia considera que no se incumple el derecho de información, siendo en concreto los siguientes:

⁵³ DÍAZ ECHEGARAY, J.L. *Los derechos mínimos del socio*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, p.229.

⁵⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La información del socio ante la Junta General", *Revista Derecho de Sociedades* nº8, 1997, p. 46.

⁵⁵ (RJ 2013\6401).

- Aquellos supuestos en los que el socio adopta una posición omisiva, estando la información a su alcance y no consultándola éste por su propia voluntad. Así se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencias como la del 16 de diciembre de 2002, 12 de noviembre de 2003 y 24 de noviembre de 2006⁵⁶. Sin embargo, puede afirmarse que esta situación no se aprecia en el caso analizado, en la medida en que se hace referencia a la denegación de la información solicitada y no a una actitud pasiva de doña Sonia.
- Por otra parte, tampoco se considera desatendido el derecho de información del socio en los supuestos en los que se constate la existencia de un comportamiento abusivo del socio en relación al carácter de la información solicitada. Sin embargo, para la apreciación de este supuesto debe probarse que se sobrepasan los límites considerados normales en el ejercicio del derecho de información⁵⁷.
- Existe, por último, una consideración a tener en cuenta relativa a la posible consideración de doña Sonia como socia-consejera de la entidad. Existe una línea jurisprudencial que ha considerado, tradicionalmente, que se presume que, salvo prueba en contrario, aquellos socios con la condición especial de ser, a su vez, consejeros de la sociedad, *“no pueden alegar falta de información, puesto que ha de entenderse que tienen conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la sociedad”*⁵⁸. Sin embargo, en la actualidad parece imponerse la tesis defendida por el Tribunal Supremo desde su sentencia del 12 de junio de 1997⁵⁹, donde señala que *“la circunstancia de que el accionista sea también consejero no le priva del ejercicio de su derecho de información”*. No obstante, esta cuestión no afectaría al caso concreto, aunque nos inclinásemos por la aplicación de la tesis más exigente, en el sentido de que, tal y como se recoge en la información disponible, Héctor ejerce las funciones de administrador único de la sociedad, por lo que no puede entenderse que exista Consejo de Administración.

Por todo lo anterior puede concluirse, sin ningún género de dudas, que el órgano de administración carecía de ninguna justificación que les permitiese denegar a doña Sonia el acceso a la información que solicita, derivándose las siguientes consecuencias.

C.IV.2.4. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO INFORMACIÓN

En el ordenamiento jurídico español no se establece ningún mecanismo que permita al socio o accionista que se ha visto limitado su derecho de información, acudir a los tribunales a solicitar que la documentación solicitada le sea entregada, de manera que la vía más efectiva que se encuentra a su disposición es la relativa a la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General, en los que el socio, para el ejercicio de su derecho de voto, requiriese acceder a la información solicitada, con el objetivo de

⁵⁶ (RJ 2002\10750), (RJ 2003\8293) y (RJ 2006\8137) respectivamente.

⁵⁷ STS 16 junio 2006 (RJ 2006\3734)

⁵⁸ STS 15 octubre de 1992 (RJ 1992\10493).

⁵⁹ RJ 1997\4768

formarse una idea adecuada destinada a manifestarse al respecto⁶⁰. En este sentido, por lo tanto, la regla de impugnación aplicable será la contenida en el artículo 204.2 L.S.C. para los que, teniendo en cuenta que no entran dentro de la categoría de acuerdos contrarios al orden público, resultará aplicable el plazo de caducidad de un año desde su adopción de la publicación en el BORME si fueran inscribibles (arts. 205.1 y 205.3 L.S.C). En el caso concreto, se entiende que se trata de un plazo de un año desde la adopción, es decir, la caducidad se dará el 5 de febrero de 2015.

Es importante tener en cuenta, sin embargo, que, tal y como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 mayo 2013, a la que ya se ha aludido anteriormente, no resulta necesario, para la impugnación de tales acuerdos, que el socio que ve vulnerado su derecho, declare en el propio acto de celebración de la junta que la información recibida era insuficiente, ya que podría entenderse, en ese caso, que tal medida supondría un obstáculo a la defensa, por parte del socio, de un derecho que debe considerarse como fundamental a su condición. Parece razonable, sin embargo, que la nulidad de dichos acuerdos solamente alcance a los acuerdos afectados por esa falta de información y no la totalidad de los acuerdos concluidos en la Junta General.

No deben obviarse, por otra parte, las responsabilidades penales que pudieran derivarse de dicho incumplimiento. En este sentido, el artículo 293 del Código Penal señala que aquellos administradores que, sin existir ninguna justificación legal, negaran a los socios el ejercicio de sus derechos legítimos derivados de tal condición, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses. Es importante tener en cuenta, no obstante, el carácter de última ratio del Derecho Penal, derivado del principio de necesidad o intervención mínima. En este sentido, sólo podrá recurrirse al orden penal en los casos en los que se trate de proteger a los bienes jurídicos más importantes y siempre que las demás ramas del ordenamiento jurídico se hayan manifestado como insuficientes para la protección de un derecho concreto, lo que se denomina normalmente carácter subsidiario del Derecho penal.

C.IV.3. CONCLUSIONES

En base a todo lo expuesto anteriormente puede concluirse que el órgano de administración no puede ampararse en la naturaleza sensible de los datos solicitados por doña Sonia con el objetivo de defender el mantenimiento de los mismos de forma inaccesible al resto de socios. Además, si se considera que no se han adherido a la actividad societaria un mayor número de socios y que, por lo tanto, doña Sonia sigue ostentando un 25% del capital social, los administradores no podrán denegar a ésta ningún tipo de información (art. 197.4 L.S.C). La negativa que presenta el órgano de administración a la entrega de dicha documentación derivará, por lo tanto, en la legitimación para solicitar la impugnación de los acuerdos adoptados para cuyo debate fuera necesario el acceso a tal información, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieran derivarse.

La resolución de la cuestión planteada debe, en este caso, partir ineludiblemente de un desarrollo separado de las principales cuestiones involucradas en el mismo: de un lado, la correspondiente al análisis sobre la posibilidad de establecer una remuneración

⁶⁰ DÍAZ ECHEGARAY, J.L. *Los derechos mínimos del socio*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, p.241.

destinada al administrador de la sociedad y, de otro, la posible existencia de responsabilidades penales por la presunta falsificación de las firmas de los demás socios por Héctor. Debe señalarse previamente que el correspondiente análisis sobre la retribución fijada en favor del administrador único, se ha realizado sin atender a la validez de la Junta Universal celebrada, que será analizada con posterioridad, a los efectos de facilitar el análisis separado de los requisitos que, en caso de que ésta hubiera sido válida, deberían ser cumplidos para poder establecer tal remuneración.

C.VI. CUESTIONES RELATIVAS A LA FALSIFICACIÓN DEL ACTA DE LA JUNTA

La cuestión que se plantea en este caso, alude a dos hechos relevantes: por un lado, la intención de Héctor de reconocer para sí una remuneración por sus funciones como administrador y, de otra, la falsificación del acta de la Junta Universal supuestamente celebrada con el objetivo de lograr sus intenciones. A estos efectos se tratarán, a continuación, ambas cuestiones de cara a arrojar luz al respecto.

C.I.1. REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Tradicionalmente la cuestión relativa a la remuneración de los administradores ha suscitado un importante debate doctrinal y jurisprudencial relativo a la naturaleza jurídica que debe entenderse que ostenta la relación existente entre el administrador y la sociedad.

Dicho debate no se concentra únicamente en lo relativo al ámbito mercantil, sino que alcanza incluso a otras materias complementarias como el Derecho laboral y fiscal. Tanto es así que esta cuestión ha derivado en una tesis de importancia reconocida: la denominada teoría del vínculo; que parte de la exclusión, a través del artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, de los administradores o consejeros de las sociedades de capital de la aplicación de dicha norma siempre y cuando sus funciones se centren exclusivamente en las inherentes a este cargo. Sin embargo, es común en el tráfico jurídico que tales administradores acaben desarrollando otro tipo de funciones de manera simultánea, por lo que, la teoría del vínculo ha sido la argumentación empleada por la doctrina y la jurisprudencia para entender que, en los casos en donde estas actividades se correspondan con funciones de alta dirección, el vínculo laboral que comúnmente debería generarse entre la sociedad y el trabajador, queda subsumido, en este caso, en el vínculo mercantil preexistente por razón de ostentar dicho trabajador, a su vez, la condición de administrador⁶¹.

Por todo lo anterior y teniendo en cuenta los numerosos debates doctrinales al respecto de estas cuestiones y la necesidad de ordenar el funcionamiento de los órganos de administración de las sociedades de capital, tiene lugar la promulgación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo y en cuya exposición de motivos se señala, además, la preocupación de los principales líderes de la Unión Europea y el G-20 por la

⁶¹ HIGUERA GARRIDO, A. Altos directivos y administradores: estado de la cuestión, *Actualidad jurídica Uría-Menéndez*, 24-2009, p.86.

existencia de una tendencia al diseño de sistemas retributivos inadecuados y la necesidad de articular mecanismos que cumplan la función de fomentar la transparencia en las entidades mercantiles.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la reforma introducida sobre la Ley de Sociedades de Capital no afecta a las líneas básicas tradicionalmente configuradas en torno a la fijación de la remuneración de los administradores. En este sentido, el artículo 217.1 L.S.C. continúa exigiendo, a los efectos de poder considerar retribuido el cargo de administrador, la constitución de una reserva estatutaria en base a dicha previsión, considerándose, en caso de que ésta no sea constituida, que el cargo de administrador será gratuito. Esta consideración puede reforzarse en atención al contenido del artículo 23 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en la medida en que dispone en su apartado e) que en los estatutos sociales *"se expresará, además, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren"*. En el caso que tratamos de resolver, por lo tanto, puede apreciarse un primer incumplimiento en este sentido, en la medida en que, a través de la información que se ha facilitado podemos conocer que los estatutos de la sociedad no contenían ninguna referencia a esta retribución, de manera que, en este caso, el cargo debería considerarse, a priori, gratuito.

La necesidad de que el establecimiento de una retribución al cargo de administrador sea previsto a través de los estatutos de la sociedad no puede considerarse, en modo alguno, una cuestión baladí. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en reiterada jurisprudencia su naturaleza de instrumento de protección de los intereses del accionista. Así, en su sentencia de 24 de abril de 2007⁶² señala que la función del reconocimiento en los estatutos del sistema de retribución de los administradores es *"proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión"*. Por otra parte, en la STS 448/2008⁶³ de 29 de mayo alude también a la *"conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella"*, en la medida en que, no hay que olvidar, que la necesidad de inscripción de los estatutos de la sociedad en el Registro Mercantil correspondiente, dota a éstos de un carácter público que se convierte en la mejor herramienta de protección de los intereses sociales y de los propios accionistas, evitando así que el conflicto de intereses que podría generarse por la tendencia de los administradores a exigir retribuciones cada vez más elevadas.

Por otra parte debe tenerse también en cuenta que, con independencia de la presunta falsificación de las firmas en el acta de la Junta, si se pretendiese poder fijar una retribución a favor de Héctor, no sería suficiente introducir una previsión estatutaria en favor de la misma con carácter genérico, sino que debería establecerse ésta en atención a los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, a través de su sentencia de 13 de noviembre de 2013⁶⁴ (comúnmente denominada caso Mahou), donde señala que deberá indicarse:

- El concreto sistema retributivo empleado, con precisión.
- Aunque en el caso de Héctor, en función de la información que ha sido facilitada, parece que la retribución consiste en una cuantía fija (50.000€), para

⁶² RJ 2007\2418

⁶³ RJ 2008\3184

⁶⁴ RJ 2013\7867

el caso en donde se decidiese que ésta tuviese lugar a través de una participación en beneficios, sería necesario determinar el porcentaje concreto de la misma.

- Consistiendo en una cuantía fija, como es el caso, deberán señalarse en los estatutos los medios de determinación de la misma de manera que no exista duda sobre la misma.

El siguiente requisito que debería cumplir la previsión de remuneración a Héctor en concepto de administrador, si se hubieran respetado los procedimientos legales, se corresponde con la aprobación, por parte de la Junta General, de la retribución anual máxima que podría percibirse (art. 217. 3 L.S.C). En el caso analizado, dejando aparte la cuestión relativa a la validez de la Junta Universal celebrada, en la medida en que los demás socios alegan una falsificación de sus firmas, y a los únicos efectos de continuar con esta explicación, se observa cómo sí tiene lugar la celebración de una Junta pero ésta, por la información de la que se dispone, únicamente procede a la aprobación de la retribución de don Héctor pero no fija esa cuantía máxima, por lo que se detecta un nuevo incumplimiento.

Por último, la reforma introducida por la Ley 31/2014 sobre la Ley de Sociedades de Capital, deriva en la adición de un nuevo requisito en relación a la retribución de los administradores y relativo a la necesidad de que ésta guarde una proporción razonable con respecto a la importancia de la sociedad y su situación económica, justificando, esta medida en el preámbulo de la norma, en la preocupación existente, por parte de los organismos internacionales, en que las retribuciones de los administradores reflejen la marcha real de la empresa.

Para finalizar con las cuestiones relativas a esta remuneración, y tal y como recuerda Marín de la Bárcena⁶⁵, es necesario tener presente la prohibición legal expresa existente en el artículo 229 L.S.C que impide a los administradores recibir ningún tipo de retribución externa procedente de terceros sujetos o sociedades distintos de aquella a la que pertenezcan y demás sociedades que formen parte de su mismo grupo, a excepción de aquellas que se encuentren autorizadas por la sociedad.

C.V.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA JUNTA UNIVERSAL DEL 25 DE NOVIEMBRE

En la información que se aporta, se señala cómo doña Mercedes, en el momento de proceder a la revisión del libro de actas de la sociedad, tiene constancia de la celebración de una Junta Universal el 25 de noviembre de 2013 en cuyo acta figura la firma de todos los socios, a pesar de que tanto ella como las socias doña Sonia y doña Ana no tenían conocimiento de la celebración de la misma, de manera que consideran que, presumiblemente, don Héctor es quien ha realizado tal falsificación.

En este sentido, por lo tanto, deben analizarse los principales elementos definidores de los tipos penales en los que tendría cabida la actuación de don Héctor.

⁶⁵ MARÍN DE LA BÁRCENA, F. La reforma de la retribución de los administradores de las sociedades de capital, *Análisis GA&P*, Madrid, 2015, pp. 2.

C.V.2.1. FALSEDAD DOCUMENTAL: ELEMENTOS

La primera de las conductas que se aprecia es la de falsedad documental. El reconocimiento de las falsedades como figuras delictivas tiene lugar a partir del año 81 a.C. mediante la alusión, en la Lex Cornelia a las modalidades de falso testamentario y falso monetario⁶⁶. En nuestra legislación actual, el delito de falsedades encuentra su régimen jurídico en el Título XVIII del Código Penal, donde se recogen conductas de muy diversa naturaleza: desde usurpación del estado civil, falsificación de documentos o de moneda, entre otros. En el caso concreto que nos ocupa, debemos referirnos, sin duda alguna, a la falsedad en documento mercantil en la medida en que la conducta que debe ser analizada se corresponde con la falsificación del acta de una Junta Universal. Con el objeto de poder desarrollar el análisis pertinente, a continuación se delimitarán los principales elementos de este tipo delictivo que han suscitado un mayor debate doctrinal y jurisprudencial.

C.V.2.1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el caso de las falsedades documentales y, teniendo en cuenta que el documento constituye un mecanismo empleado para facilitar el correcto desarrollo del tráfico jurídico, puede entenderse que el bien jurídico que pretende ser objeto de protección a este respecto es, precisamente, la funcionalidad del documento en ese sentido, pretendiendo garantizar el correcto desempeño de sus funciones.

Algunos autores señalan, sin embargo, que el bien jurídico protegido no es otro que la fe pública⁶⁷, entendida como sinónimo de confianza. Sin embargo, parece que la defensa de esta tesis no alcanza correctamente a la figura del documento en toda su amplitud, en la medida en que el concepto de fe pública se remite a la garantía prestada por el Estado a través de determinados funcionarios sobre la veracidad del contenido de un documento, mientras que esta figura delictiva admite su comisión por medio de un particular sin cargo de funcionario, como se aprecia en el supuesto de hecho analizado, donde este delito es presuntamente cometido por el administrador de la sociedad "Nitrox, S.A".

C.V.2.1.2. CONCEPTO DE DOCUMENTO MERCANTIL

En la actualidad, puede señalarse la inexistencia de consenso en lo que se refiere al concepto de documento mercantil, de manera que, en la práctica, la consideración como tal parte de los criterios considerados por la jurisprudencia en función del caso concreto. Lo que sí puede defenderse, de antemano, es que un documento considerado como mercantil debe reunir dos condiciones⁶⁸:

⁶⁶ MONCAYO RODRÍGUEZ, S. El delito de falsedad en el Derecho Romano, *Letras Jurídicas Volumen II*, 2000, p. 1-2.

⁶⁷ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p.37.

⁶⁸ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p.172 y ss.

- Debe tratarse de un documento de naturaleza privada al que el legislador le otorga una protección superior en atención a su importancia en el tráfico jurídico y económico, equiparándolo, así, a los documentos públicos y oficiales.
- El contenido del mismo debe versar acerca de un acto de naturaleza mercantil: En este caso, el cumplimiento de este requisito resulta innegable en el supuesto de hecho analizado en la medida en que se trata de un acta que refleja el contenido de una Junta Universal de la sociedad "Nitrox, S.A"⁶⁹.

C.V.2.1.3. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS

La definición del sujeto pasivo del delito como aquel titular del bien jurídico que se ha visto lesionado, nos lleva a concluir que tendrán dicha consideración aquellas socias cuyas firmas se han visto falsificadas con el objetivo de simular la adopción del acuerdo de establecer una retribución de 50.000€ a Héctor por sus funciones de administrador.

Por lo que se refiere a la identidad del sujeto activo resulta ineludible la referencia al contenido del artículo 392 C.P. relativo a los supuestos en donde, al igual que sucede en el caso que se nos plantea, la falsedad no es cometida por una autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, sino por un particular, como es el caso de don Héctor.

En concreto, el Código Penal sanciona con una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (art. 392.1. C.P.) y, por lo tanto, inferior a la establecida para funcionarios o autoridades públicas por razón de la condición especial de éstos últimos, al particular que cometiese alguna de las siguientes conductas:

- Altere alguno de los elementos esenciales de un documento.
- Simule en todo o en parte un documento.
- Simule la intervención en un documento de determinadas personas o, habiendo éstas participado, modifique el contenido de tal participación.

En el caso concreto, por lo tanto, parece innegable la apreciación de esta conducta en la medida en que Héctor no solamente falsifica las firmas de los demás socios no participantes en la Junta presuntamente celebrada el día 25 de noviembre de 2013, sino que incluso comete falsedad sobre el documento en sí, en la medida en que éste proviene de una Junta ficticia que nunca tuvo lugar, de manera que la falsedad alcanza a la totalidad del documento y su contenido.

C.2.2. APROPIACIÓN INDEBIDA VS. ADMINISTRACIÓN DESLEAL

La delimitación de la segunda de las conductas criminales localizadas en el supuesto de hecho parte, en primer lugar, del establecimiento de una delimitación entre las figuras

⁶⁹ En tal sentido se pronuncia también el TS en sus sentencias de 27 de marzo de 1990 (RJ 1990\2634), 13 de marzo de 1991 (RJ 1991\2130) y 27 abril de 1992 (RJ 1992\3201) entre otras, donde alude a la naturaleza mercantil de la entidad a la que se refieren.

de la apropiación indebida y de la administración desleal, en la medida en que, tradicionalmente, se ha asistido a un importante debate jurisprudencial en relación al tipo aplicable respecto de aquellas situaciones en las que, como sucede en el caso analizado, el administrador de la sociedad sustrae fondos de la misma.

La apropiación indebida aparece regulada en el artículo 253 del Código Penal que establece que serán castigados con las mismas penas que las previstas para la estafa, aquellos sujetos que *"en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido"*. Por su parte, el delito de administración desleal, recogido en el artículo 252 C.P. establece las mismas penas para *"los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado"*.

La gran similitud entre la naturaleza y contenido de ambos preceptos deriva, como ya se ha adelantado, en la asunción, por parte de la jurisprudencia española de diversas posiciones y tesis; sin embargo, a los efectos de poder pronunciarnos en relación al supuesto concreto, nos acogeremos a la que considera el magistrado Juan Sanjosé⁷⁰ como la más reciente y acertada del Tribunal Supremo, consistente en considerar de aplicación la modalidad de apropiación indebida en todos aquellos casos en los que el administrador haga suyo el patrimonio distraído. En el caso concreto que se analiza puede concluirse que se cumple este requisito señalado por la jurisprudencia para la aplicación de ese tipo delictivo en la medida en que Héctor se apropia de esa cantidad de dinero como retribución de sus funciones, derivándola a su patrimonio personal.

C.2.3. CONCURSO MEDIAL

A los efectos de determinación de la pena aplicable por la comisión de los delitos de falsedad documental y apropiación indebida anteriormente mencionados, cabe hacer alusión a la posibilidad de aplicación de las normas del concurso medial de delitos regulado en el artículo 77 C.P y aplicable en aquellas circunstancias en las que, tal y como señala su apartado primero, uno de los delitos cometidos constituya un medio necesario para la comisión del otro. En el caso concreto analizado, puede considerarse que la falsedad en documento mercantil constituye una actuación a la que el administrador se ha visto avocado con el objetivo de poder fijarse esa retribución por sus servicios y cometer, por tanto, el delito de apropiación indebida. El cálculo de la pena aplicable se realizará de acuerdo con el denominado principio de asperación que implica, tal y como recoge el artículo 77.2 C.P, aplicar la pena más grave en su mitad superior. En el caso que nos ocupa y teniendo en cuenta que el delito de apropiación indebida se encuentra castigado con pena de prisión de uno a seis años (en la medida en que concurre la circunstancia prevista en el artículo 250.1.2º C.P), mientras que la pena

⁷⁰ JUAN SANJOSÉ, R.J., El administrador ha distraído dinero de la sociedad ¿Apropiación indebida o Administración desleal?, *Noticias jurídicas*, 2014.

de prisión para la falsedad de documento mercantil por particular es de seis meses a tres años (art. 392.1.C.P) , se impondrá la pena de la apropiación indebida en su mitad superior, lo que implica una pena de prisión de 3 años 6 meses y un día a 6 años.

C.2.4. POSIBLE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS

Tal y como se ha introducido previamente, la comisión, por parte de Héctor, de los delitos anteriormente mencionados no puede, de modo alguno, hacer que se obvie lo que tiene que ver con la falsa celebración de la Junta Universal del día 25 de noviembre de 2013. En este sentido, puede entenderse que, en la medida en que las socias doña Sonia, doña Mercedes y doña Ana no asistieron a dicha Junta y que, por lo tanto, no se da cumplimiento al requisito establecido por el artículo 178.1 L.S.C y que alude a la necesidad de que se encuentre presente o representado en la misma la totalidad del capital social, puede entenderse que tal Junta carece de validez. Sin embargo, la jurisprudencia no se ha limitado, en estos casos a señalar como nulas dichas reuniones de socios por incumplimiento de las exigencias legales, sino que diversas sentencias han coincidido en calificarlas como contrarias al orden público⁷¹ con independencia de los acuerdos que hayan sido adoptados en las mismas⁷² en la medida en que deberán considerarse como no celebradas. La nulidad de la junta tiene como consecuencia, por lo tanto, la nulidad de los acuerdos, en este caso, del acuerdo para fijar una retribución a don Héctor de 50.000€. Por último, es necesario hacer referencia a la cuestión relativa a la caducidad para la impugnación de dicho acuerdo. En la medida en que la Junta fue celebrada el día 25 de noviembre de 2013 y dicha irregularidad fue detectada por doña Mercedes el día 10 de diciembre de 2014, podría cometerse el error de considerar caducada dicha acción en la medida en que ha transcurrido más de un año desde la adopción de los acuerdos correspondientes. Sin embargo, si nos acogemos a la interpretación jurisprudencial anteriormente citada, en la medida en que nos encontraríamos ante un supuesto de acuerdos contrarios al orden público, la acción de impugnación carecería de caducidad y podría ser ejercitada en cualquier momento (art. 205.1 L.S.C.).

C.3. CONCLUSIONES

En atención a todo lo expuesto en los epígrafes precedentes pueden concluirse, en base a la cuestión que se plantea en el caso que los acuerdos adoptados en la Junta Universal presuntamente celebrada el día 25 de noviembre de 2013 serán nulos por considerarse contrarios al orden público, en la medida en que derivan de una Junta fingida por el administrador de la sociedad y habiendo sido este criterio el esgrimido por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, que considera que el fingimiento de la celebración de una Junta debe ser un hecho merecedor . Por otra parte, la falsificación de las firmas del resto de socias así como la apropiación de parte del patrimonio de la sociedad en

⁷¹ STS 29 septiembre de 2003 (RJ 2003\6829), STS 30 mayo de 2007 (RJ 2007\3608) y STS 19 julio de 2007 (RJ 2007\5092), entre otras.

⁷² STS 19 julio de 2007 (RJ 2007\5092)

concepto de retribuciones derivan en la posibilidad de exigir la responsabilidad penal de Héctor por los delitos de falsedad en documento mercantil y apropiación indebida, resultando de aplicación las normas del concurso medial.

C.VI. CUESTIONES RELATIVAS A LA COMPRAVENTA DE LA NAVE PROPIEDAD DE NITROX S.A.

En la siguiente cuestión que se plantea se trata de evaluar las posibles responsabilidades penales de los socios de la sociedad "Nitrox, S.A" como consecuencia de la conclusión de un contrato simulado de compraventa de su principal activo, una nave en la que trabajaban, a la sociedad "SOLYPLAYA, S.A.", propiedad, a su vez, de una de las socias de "Nitrox, S.A" en previsión de que la mala situación económica atravesada por la misma no iba a mejorar.

C.VI.1. ALZAMIENTO DE BIENES VS. INSOLVENCIA PUNIBLE

No cabe duda de que integrar la nave en el patrimonio de "SOLYPLAYA, S.A" constituye un instrumento empleado por "Nitrox, S.A" para evitar que ésta les pudiese resultar embargada en un hipotético proceso concursal que pudiera tener lugar en el futuro. Sin embargo, la cuestión que se podría plantear, de cara a determinar las eventuales responsabilidades penales de los socios por esta acción, sería si deberíamos hablar de un delito de alzamiento de bienes o de una insolvencia punible, tipos delictivos con una naturaleza muy similar.

La regulación del delito de insolvencia punible aparece recogida en el artículo 260.1 del Código Penal, donde se establecen una serie de penas aplicables a los sujetos que se encontrasen en una situación de "insolvencia actual o inminente" y que, como consecuencia de la misma, realizasen alguna de las conductas señaladas en dicho precepto. En nuestro caso, de esas acciones consideradas como reveladoras de actividad delictiva nos interesa la recogida en el apartado segundo, que establece lo siguiente *"Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial"*. Por otro lado, el delito de alzamiento de bienes recogido en el artículo 257.1.º C.P., castiga a aquellos que, en perjuicio de sus acreedores se alcen con sus bienes. Por lo tanto, la duda radica, como ya se ha adelantado en la determinación de qué tipo penal resultaría aplicable a la conducta desarrollada por los socios de "Nitrox, S.A", ya que, a priori, puede parecer que ambos preceptos se refieren a la misma acción enunciada de modos distintos.

Sin embargo no debe perderse de vista la alusión, por parte del artículo 260.1. C.P. a la situación de insolvencia de la sociedad, recogiendo la expresión presente en el artículo 2.1 de la Ley Concursal y relativa a la existencia de una insolvencia actual o inminente. En concreto, dicha referencia puede entenderse que señala, precisamente, el criterio

distintivo entre ambos tipos delictivos, de manera que solamente resultará aplicable el delito de insolvencia punible en los casos en donde ya se haya admitido a trámite la solicitud del concurso de acreedores. En el caso concreto, la simulación del contrato de compraventa y consecuente traspaso de la nave al patrimonio de "SOLYPLAYA, S.A." de forma fraudulenta, tiene lugar en el mes de mayo de 2014, mientras que la solicitud de declaración del concurso tiene lugar en mayo del año siguiente. De este modo, debe entenderse, en base a lo expuesto anteriormente, que a las actuaciones desarrolladas por los socios resultará de aplicación el tipo penal del alzamiento de bienes (art. 257.1 C.P.), cuyos elementos definidores serán expuestos a continuación.

C.VI.2. ALZAMIENTO DE BIENES

C.VI.2.1.REQUISITOS

Resulta especialmente interesante, a los efectos de justificar la calificación de las acciones presentadas en el supuesto de hecho como constitutivas del delito de alzamiento de bienes, hacer una referencia a aquellos que la jurisprudencia⁷³ considera que son los requisitos que deben cumplirse:

En primer lugar, como resulta evidente, es necesaria la existencia de una deuda que haya nacido de forma previa a la presunta comisión del delito. En el caso que se plantea puede entenderse cumplido este requisito en la medida en que se señala que la sociedad "Nitrox, S.A" experimenta una situación de grave descenso de sus ventas y que no cuenta con la liquidez suficiente como para atender a sus gastos. En conexión con dicha deuda debe, por lo tanto, existir un acreedor que ostente la titularidad de un derecho de crédito, teniendo en cuenta que, tal y como señala el artículo 257.3 C.P, dicho acreedor puede ser una persona física o jurídica tanto pública como privada. Por otra parte, el elemento definidor de este tipo de injusto se corresponde con la ocultación de los bienes de los que se trate al acreedor con el único fin, de detraerlos de su ejecución para saldar la deuda existente. Tal y como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de octubre de 1998⁷⁴, no es necesario que el sujeto activo realice ninguna acción concreta con esos bienes posteriormente sino que el simple hecho de apartarlos de su disposición por el acreedor sería suficiente. La ocultación se da, en este caso, a través de la actitud de traspasar la nave de manera fraudulenta y acordada por todos los socios al patrimonio de una tercera entidad propiedad de uno de ellos con el único objetivo, se entiende, de eliminarlo del patrimonio social a ojos de los acreedores y evitar así que en una eventual declaración de concurso, pudiera ser embargado.

⁷³ STS 8 octubre de 1996 Sala de lo Penal (RJ 1996\7024), STS 23 septiembre de 1998 Sala de lo Penal (RJ 1998\7364), STS 21 octubre de 1998 Sala de lo Penal (RJ 1998\8298).

⁷⁴ (RJ 1998\8298).

C.VI.2.2. SUJETOS PENALMENTE RESPONSABLES

La cuestión relativa a los sujetos que deberán responder por los hechos cometidos en el caso que nos ocupa resulta especialmente interesante en lo que tiene que ver con la eventual responsabilidad de la persona jurídica Nitrox, S.A.

El 23 de diciembre de 2010 tuvo su entrada en vigor la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introduciendo la modificación más relevante de los últimos años en lo que se refiere al derecho penal de sociedades. Hasta el momento el panorama penal español había estado dominado, en lo que a la responsabilidad de las entidades mercantiles se refiere, por el principio latino "societas delinquere non potest" que implicaba que los sujetos responsables por los actos delictivos en los que se viera activamente involucrada una sociedad, serían sus administradores. Sin embargo, desde la citada reforma, el artículo 31 bis del Código Penal recoge los supuestos en los que una sociedad podrá ser penalmente responsable.

Teniendo lo anterior en cuenta debemos señalar, por tanto, tres tipos de responsabilidad: la de Héctor, por su condición de administrador único, la de la sociedad "Nitrox S.A" y la del resto de socios.

En primer lugar, puede afirmarse que la responsabilidad penal de Héctor se sustenta sobre la base del contenido del artículo 31 C.P, el cual señala que aquellas personas que actúen como administradoras de una sociedad, como es su caso, responderán personalmente de los delitos cometidos por la misma. En este sentido y haciendo alusión a la regulación concreta relativa al alzamiento de bienes, puede observarse cómo en ella se define una pena genérica de prisión de 1 a 4 años y de multa de 12 a 24 meses; sin embargo, en atención al contenido del artículo 257.4 C.P. debe concluirse que esta pena será impuesta en su mitad superior, alcanzando de 2 años, 6 meses y un día a 4 años, en el caso de que el valor de la nave supere los 50.000€. Además, la pena genérica de partida será de 1 a 6 años en el caso de que las cantidades adeudadas lo sean respecto de una entidad de Derecho Público.

Por lo que respecta a la responsabilidad de la sociedad "Nitrox, S.A", resulta ineludible la remisión, en primer lugar, al contenido del artículo 258 ter C.P. el cual señala la posibilidad de que las sociedades sean responsables del delito de alzamiento de bienes siempre y cuando cumplan los requisitos señalados en el artículo 31 bis. A estos efectos, dicho precepto señala en su apartado 1.a) la responsabilidad penal de las sociedades por los delitos cometidos en su nombre por sus representantes legales. A su vez señala la posibilidad de exención respecto de dichos delitos en los casos en los que la sociedad cuente con un plan de prevención respecto de estas situaciones o el autor material de los hechos haya actuado evadiendo dichos sistemas. En base a la información disponible, no puede afirmarse la existencia de tales medidas preventivas por lo que la sociedad "Nitrox, S.A" deberá ser considerada penalmente responsable de un delito de alzamiento de bienes y condenada, por ello, a una pena de multa determinada en función de lo señalado en el artículo 258 ter.

No debe olvidarse, por último, la calificación que deben recibir las actuaciones de las demás socias. A los efectos de poder evaluar su posible participación en la comisión del ilícito, debe tenerse en cuenta el que se considera el criterio rector para tal reconocimiento, como es que dichos sujetos participen movidos por el dolo y sean conocedores de que están tomando parte en una maniobra cuyo objetivo es perjudicar a los acreedores, en la medida en que, de no concurrir estos requisitos, se considerarán terceros de buena fe⁷⁵.

En primer lugar, puede evaluarse la figura de doña Ana, socia propietaria a su vez de la sociedad "SOLYPLAYA, S.A." que propone a los demás socios la simulación de un contrato de compraventa de la nave para desplazarla fraudulentamente del patrimonio social de "Nitrox, S.A.", en base a lo cual, parece que no puede negarse la concurrencia de los requisitos señalados anteriormente. Además, debe señalarse que, concretamente, habrá de considerarse como inductora del delito, en la medida en que, como se ha apuntado, la idea del fraude parte de ella y es quien convence al resto de socios para llevarla a cabo. Pero además, no debe obviarse su papel como propietaria de la entidad destinataria de dichos bienes. En este sentido, la jurisprudencia⁷⁶ ha tendido a señalar al sujeto que recibe los bienes como cooperador necesario de la actividad delictiva, en la medida en que, sin su ayuda, este acto no podría haberse realizado.

Por otro lado, merece mención la calificación que debe recibir la actuación de las socias doña Sonia y doña Mercedes. Su condición distinta de los terceros de buena fe es sencillamente defendible si se tiene en cuenta que le es comunicada, por Ana, la posibilidad de traspasar la nave al patrimonio de "SOLYPLAYA, S.A." de manera fraudulenta y reconociendo la operación en la contabilidad a pesar de realmente dicha compraventa era una operación ficticia, aceptando ellas y colaborando en la redacción de la documentación. El debate, no obstante, podría generarse en torno a si deben ser consideradas como cómplices o como coautores. La diferencia entre ambas condiciones reside en determinar el grado en el que han ejecutado el acto delictivo; en este sentido, los cómplices se entiende que solamente contribuyen mediante la realización de actos simultáneos o anteriores (art. 29 C.P.) a la comisión del delito. No obstante, se considerarán coautores si en esa participación se cumplen los siguientes requisitos⁷⁷:

- Decisión conjunta del hecho: Los sujetos considerados coautores deben encontrarse vinculados mediante un acuerdo de voluntades para la comisión del hecho enjuiciado, es decir, debe entenderse que existe un dolo común a todos ellos. En este caso, en función de la información facilitada, puede afirmarse la concurrencia de dicho requisito en el sentido en que se señala que, tanto Sonia como Mercedes aceptan la proposición de Ana de proceder a la simulación de

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F., *El delito del alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 175.

⁷⁶ STS 15 julio de 1999 Sala de lo Penal (RJ 1999\6182) ; SAP Sevilla 24 junio 1999 Sala de lo Penal (RJ 1999\2393) ; SAP Segovia 4 mayo 1999 Sala de lo Penal (RJ 1999\2389).

⁷⁷ GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en el Derecho Penal*, Tirant monografías 427, Valencia, 2006, pp. 377-381.

dicho contrato de compraventa con el fin de alejar de su patrimonio la nave de "Nitrox, S.A."

- Ejecución conjunta del hecho: Será necesario, además, que todos los sujetos participen en la ejecución del tipo penal con actos que sean imprescindibles, existiendo, por lo tanto, una evidente interdependencia entre los mismos. También parece apreciarse este requisito en el supuesto de hecho analizado en la medida en que se alude a que, quince días después de la propuesta de Ana, los socios cubren los documentos necesarios y recogen esta operación en la contabilidad de la sociedad sin distinguir que Mercedes y Sonia no hayan participado en estas actividades.

Todo lo anterior indica, por lo tanto, que debe considerarse a estas socias como coautoras del delito de alzamiento de bienes.

Debe señalarse, sin embargo, que las previsiones realizadas anteriormente cumplen una función únicamente calificativa de los sujetos penalmente responsables por estos hechos acontecidos en la medida en que, la calificación de dichas socias como cooperadoras necesarias, inductoras o coautoras no supone ninguna diferencia en materia de pena aplicable, de manera que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 28 C.P, ha de considerárselas como autoras del delito de alzamiento de bienes y, por lo tanto, les resultará de aplicación la misma pena de prisión y multa genéricas que las señaladas para don Héctor.

C.VI.3. CONCLUSIONES

En base a las afirmaciones defendidas en los epígrafes anteriores, puede concluirse la responsabilidad penal de las socias doña Mercedes, doña Sonia y doña Ana, además del administrador de la sociedad, don Héctor, y de la propia sociedad "Nitrox, S.A." en la medida en que, desde el año 2010, se prevé en España la responsabilidad penal de las sociedades por actos delictivos.

El análisis de los elementos definidores de la conducta que se observa arrojan como conclusión que se trata de un delito de alzamiento de bienes y no de insolvencia punible en la medida en que la sociedad, en el momento en el que estos hechos tienen lugar, no se encontraba en situación de concurso de acreedores. Por otra parte, tras analizar la participación en los hechos de las socias Ana, Mercedes y Sonia, se ha podido concluir la consideración de la primera como inductora y cooperadora necesaria del delito y las demás como coautoras del mismo, quedando sometidas a la misma pena de prisión y multa que el administrador.

VII. CUESTIONES RELATIVAS A LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

Tal y como recoge el artículo 183 de la Ley Concursal, el concurso de acreedores cuenta con un procedimiento dividido en seis secciones, cada una de las cuales contendrá las piezas separadas que se consideren necesarias.

En concreto, la calificación del concurso y los efectos de la misma se encontrarán contenidos dentro de la sección sexta (art. 183.6 L.C.). Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que dicha sección no se apertura en cualquier procedimiento concursal, sino que una interpretación realizada sobre el contenido del artículo 167 permite concluir que solamente tendrá lugar en los siguientes casos:

- En aquellos concursos en donde se abra la fase de liquidación.
- En los casos en donde se haya producido un incumplimiento de los convenios acordados.
- Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se fija para la totalidad o algunos de los acreedores una quita superior a un tercio o un periodo de espera de más de tres años.

Respecto a esta última apreciación, señala Menéndez⁷⁸ que su finalidad no es otra que incentivar al deudor a que inste el concurso mientras los créditos de los acreedores puedan ser satisfechos, o, al menos, cuando las expectativas de cobro para los mismos sean lo más elevadas posible. Sin embargo, también critica el autor que esta decisión podría derivar, a su vez, en un incentivo para que los acreedores, como represalia, se vean incentivados a votar en contra de dichos acuerdos de cara a que se produzca la apertura de la sección de calificación del concurso.

La calificación del concurso de acreedores solamente tiene relevancia a efectos civiles, de manera que esta declaración será independiente de la responsabilidad penal en la que podría haber incurrido el deudor o los demás sujetos afectados por tal declaración, por actos constitutivos de delito que hayan realizado, tal y como señala el artículo 163.2. L.C.

El concurso de acreedores puede ser declarado, por lo tanto, como culpable o como fortuito (art. 163.1 L.C.) En este caso y a los efectos de poder determinar el tipo de calificación que habría de recibir el concurso de acreedores instado por la sociedad "Nitrox, S.A", se estudiarán, a continuación, los criterios a valorar para la determinación del carácter culpable de un concurso de acreedores debido a que la no concurrencia de dichos elementos determinaría, a sensu contrario, la consideración del concurso como fortuito.

C.VII.1. CONCURSO CULPABLE

La legislación concursal señala, tal y como ha defendido el Tribunal Supremo⁷⁹, dos criterios definidores del carácter culpable del concurso de acreedores.

⁷⁸ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Civitas, 2014, p. 545.

⁷⁹ STS 6 octubre de 2011 (RJ 2012\1084)

En primer lugar, la Ley Concursal hace referencia a la calificación culpable en los casos en los que el estado de insolvencia de la sociedad se haya visto agravado por una conducta dolosa del deudor, de sus representantes o de sus administradores (art. 164.1 L.C.) .La cuestión que se plantea, por lo tanto, es la relativa a qué comportamientos o acciones pueden entenderse reveladores de la existencia de tal conducta gravosa a los efectos de lograr determinar si alguna de ellas se aprecia en el caso de la sociedad "Nitrox, S.A" . En este sentido, el artículo 165 de la Ley Concursal recoge los supuestos en donde puede presumirse, *iuris tantum*, que el deudor, representantes o administradores han contribuido al recrudecimiento de la situación de insolvencia de la entidad; basándose, tal y como señala Sánchez Calero⁸⁰, en la especial influencia de la observancia por parte de dichos sujetos de sus deberes preconcursales y concursales. Señala el citado precepto los siguientes:

- Incumplimiento del deber de formular, auditar y depositar en el Registro Mercantil las cuentas anuales de los tres ejercicios anteriores. No existe, con la información que se proporciona, ningún indicio que lleve a sostener que concurre esta causa de culpabilidad, por lo que debe rechazarse sin ningún género de dudas.
- Incumplimiento de los deberes de solicitar la declaración del concurso los dos meses siguientes a haber conocido su estado de insolvencia. Es necesario, consecuentemente, remitirse al contenido del artículo 2.4 L.C. a los efectos de concluir si se reúnen los requisitos para presumir que tanto el administrador como las socias eran conocedoras de tal insolvencia. A estos efectos, dicho precepto reconoce entre los hechos reveladores de la misma en su apartado tercero, el alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes, hecho que, tal y como se ha constatado en la cuestión precedente, sí se produce en el momento en el que se simula una compraventa para apartar la nave de la sociedad "Nitrox, S.A" de su patrimonio.
- Incumplimiento de los deberes de colaboración durante la tramitación del concurso así como de la obligación de asistencia a las juntas de acreedores.

El segundo de los criterios señalados por la legislación concursal a los efectos de determinación de la calificación culpable de un concurso de acreedores, se corresponde con aquellos hechos señalados en el artículo 164.2 L.C. en sus sucesivos apartados, cuya concurrencia permite al Juez del concurso entender que en todo caso, el concurso como culpable en la medida en que podríamos considerarlos como acciones de especial gravedad que deben sancionarse obligatoriamente con el objetivo de lograr una mayor seguridad del tráfico jurídico y económico. Entre tales hechos sancionables se encuentran los siguientes:

- Incumplimiento de la obligación del empresario de llevar a cabo una contabilidad ordenada siempre y cuando dicho incumplimiento sea de tal entidad que haya impedido a los acreedores conocer, de forma fehaciente, el patrimonio del deudor⁸¹.

⁸⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen II, Aranzadi, 2013, p. 658.

- Falsedades o falta de información en la documentación entregada durante la tramitación del concurso.
- Incumplimiento del convenio establecido siempre que tenga como consecuencia la apertura de la fase de liquidación.
- Realización de actos fraudulentos destinados a perjudicar a sus acreedores. En este grupo se recogen las simulaciones patrimoniales y el alzamiento de bienes⁸².

Tal y como se ha defendido en el epígrafe correspondiente, las acciones llevadas a cabo por las socias y el administrador de la sociedad "Nitrox, S.A" son constitutivas de un delito de alzamiento de bienes. Sin embargo, conviene entender que las conductas a las que se refiere el artículo 164.2.4º L.C. no concluye simplemente en el alejamiento de una serie de bienes del patrimonio del deudor, como sucede en este caso al desplazarlos al patrimonio de "SOLYPLAYA, S.A" de manera fraudulenta, que, en condiciones normales deberían integrar la masa activa del mismo, sino que la jurisprudencia⁸³ recuerda que, además, se requiere que estas acciones se traduzcan en un perjuicio efectivo a los acreedores. A pesar de que la información de la que se dispone no es lo suficientemente extensa como para poder conocer fehacientemente si este perjuicio se ha producido puede, fácilmente, entenderse que esto si ha sido así en la medida en que en el caso se alude a que la nave de trabajo de "Nitrox, S.A" constituye su activo más valioso y teniendo presente que la alusión normativa al "perjuicio de los acreedores" ha sido interpretada⁸⁴ como que del acto de disposición se derive o bien la insolvencia destinada a la no satisfacción de créditos, como parece ser el caso, o bien que dicha disposición suponga que los acreedores queden privados de la posibilidad de ver éstos satisfechos, puede deducirse que, casi con total probabilidad, este perjuicio se ha producido, lo que nos lleva a afirmar la culpabilidad del concurso de la sociedad "Nitrox, S.A."

C.VII.2. SUJETOS AFECTADOS POR LA DECLARACIÓN

La segunda cuestión que se plantea al respecto de la declaración del concurso se corresponde con la identidad de los sujetos que quedarán afectados por una eventual declaración culpable del mismo.

En este sentido, resulta necesario tener en cuenta que la legislación concursal no señala las personas afectadas por la calificación como tal, sino que simplemente se remite al contenido del artículo 172 de la Ley Concursal relativo a la sentencia de calificación para recoger, en su apartado segundo la obligación del juez concursal de incluir en dicha sentencia a las personas afectadas por la declaración de concurso culpable así como de sus cómplices añadiendo, a su vez, que, en el caso de las personas jurídicas, podrán considerarse personas afectadas por dicha calificación no solamente a los concursados sino también a los administradores o liquidadores, tanto de hecho como de derecho que, durante los dos años anteriores a la declaración del concurso de acreedores hubieran ejercido estas funciones. No admite duda, por lo tanto, que la primera persona a la que

⁸² El Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca del carácter del alzamiento de bienes como presunción iuris et de iure de culpabilidad en el concurso en STS 17 noviembre de 2011 (RJ 2012\3368).

⁸³ SAP Barcelona 29 noviembre de 2007 (JUR 2009\33340)

⁸⁴ SAP Barcelona 13 marzo de 2009 (RJ 2009\411481).

habrá que considerar afectada por la calificación culpable es a Héctor, debido a su condición de administrador único de la sociedad "Nitrox, S.A", sin olvidar, por supuesto que, tal y como reconoce el artículo 172.2.2º L.C., de esta responsabilidad se derivarán las consecuencias pertinentes en materia de inhabilitación y que serán analizadas en el epígrafe posterior. Por otra parte, no entenderse incluido, en el concepto de personas afectadas por la calificación, a la figura del concursado, ya que éste debe ser considerado directamente la persona interpelada por la calificación, por lo que no debe incluirse a la sociedad "Nitrox, S.A" en el listado de afectados⁸⁵.

A pesar de que no puede considerárseles propiamente como personas afectadas por la calificación del concurso⁸⁶, no puede tratarse esta cuestión sin aludir a los cómplices, en la medida en que se trata de una figura reconocida en la legislación concursal en su artículo 166 L.C, probablemente como consecuencia de que, para la realización de algunas de las conductas reveladoras de dolo en el agravamiento de la insolvencia de la sociedad, se requiera la participación de terceras personas. Sin embargo, no debe perderse de vista que, tal y como señala García-Cruces⁸⁷, la participación de los terceros no tiene por qué considerarse susceptible de sanción en todo caso, sino que pueden corresponder al curso normal de las acciones por lo que, en ese caso, no debería resultar exigible la imposición de una sanción a los mismos. A estos efectos, la Ley Concursal en su artículo 166 establece la necesidad de que se cumplan dos requisitos para poder entender a un sujeto como cómplice en la situación de agravamiento de la insolvencia de la sociedad: por un lado, que participe activamente con el deudor en la situación provocadora de la misma y, por otro, que actúe movido por dolo o culpa grave señalando, además, que en el caso de que el deudor fuese una persona jurídica, la participación ha de realizarse con sus administradores o liquidadores⁸⁸. Por lo tanto, la cuestión que cabría plantearse sería si puede entenderse que las socias Ana, Mercedes y Sonia han de ser consideradas como cómplices a estos efectos. En base a lo que se ha señalado anteriormente puede afirmarse que en la conducta de las socias se observan ambos requisitos señalados como requisitos esenciales de la complicidad: de un lado, tal y como se ha tratado en el apartado relativo a la responsabilidad penal por el delito de alzamiento de bienes, todas las socias participan de manera activa en la salida de la nave del patrimonio de "Nitrox, S.A" teniendo en cuenta que, por un lado doña Ana es la artífice de la idea y propone el traspaso de dicho activo a una sociedad de su propiedad y, por otro, en la información de la que se dispone se hace referencia a que todos los socios participan en el reconocimiento contable de la operación y en desarrollo de los trámites oficiales pertinentes para dicha operación. Además, tal y como se ha expresado en el apartado precedente, no cabe duda de que dicho alzamiento cumple con los presupuestos establecidos por la legislación vigente para considerar el concurso como culpable; por ende, las acciones de las socias han contribuido de manera innegable a la obtención de esa calificación⁸⁹. Por último, se aprecia un dolo evidente en la conducta de

⁸⁵ ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 873-874.

⁸⁶ ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 876.

Dicho autor señala que en la sentencia de calificación los deudores personas físicas y los administradores y liquidadores de las jurídicas así como los representantes legales de las primeras aparecen como personas afectadas por la calificación, mientras que los cómplices se reconocen como tal en la misma.

⁸⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 4913 y ss.

⁸⁸ Así se pronuncia también la jurisprudencia: SAP Córdoba en su sentencia de 15 enero de 2010 (JUR 2010\346501)

⁸⁹ Respecto de la complicidad en supuestos de alzamiento de bienes: , SAP Alicante 359/2012 (AC 2013\303), SAP León 150/2011 (AC 2011\1209).

todos los socios, en la medida en que llegan al acuerdo de realizar esta compraventa simulada con el objetivo de poder hacer frente a la mala situación financiera experimentada por la sociedad en ese momento, en un intento claro por evitar un posible embargo de la misma.

C.VII.3. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO CULPABLE

Pese a que esta cuestión no se plantea directamente como parte del caso, parece que una vez determinadas las personas sujetas a responsabilidad concursal, debe señalarse qué cabría esperar de tal calificación y, por lo tanto, cuáles serían las consecuencias para los mismos. La Ley Concursal recoge, en su artículo 172, tres consecuencias fundamentales de la calificación del concurso como culpable para los sujetos que deban ser afectados por la misma:

- Inhabilitación (172.2.2º L.C.): De acuerdo con el citado precepto deberá procederse a la inhabilitación de Héctor por un periodo de 2 a 15 años que, como consecuencia de la misma, no podrán administrar bienes ajenos, representar a cualquier individuo ni ejercer el comercio. Además, en el caso particular que se estudia, al ser Héctor administrador de la sociedad "Nitrox, S.A" y encontrarse en el momento de la calificación en ejercicio de sus funciones, debe tenerse en cuenta también el contenido del artículo 173 L.C. en función del cual, deberá ser cesado de su cargo de inmediato. Por otro lado, en ningún caso podrán ser inhabilitadas las socias doña Mercedes, doña Ana y doña Sonia en la medida en que el precepto 172.2.2º L.C. no recoge esta sanción para sujetos distintos a los administradores o liquidadores⁹⁰.
- Pérdida de los derechos de crédito que ostentasen en el concurso (art. 172.2.3º L.C.) y devolución de los bienes que hubieran obtenido de manera fraudulenta o indebida y a indemnizar por los daños causados. Debe tenerse en cuenta que esta previsión rige tanto las personas propiamente denominadas afectadas por la calificación (administradores y liquidadores) como para los cómplices.
- Obligación de indemnizar por daños y perjuicios (172.3 L.C.): Esta indemnización se fija de forma exclusiva para los sujetos que hayan sido declarados cómplices siempre y cuando no tengan la consideración de acreedores en el concurso. A los efectos de determinación de la cuantía de la indemnización, se tendrán en cuenta los perjuicios que se hayan podido provocar a los acreedores por la sustracción de la nave del patrimonio social, así como los deterioros que pudiera haber sufrido durante este tiempo o la ganancia que hubiera dejado de generar⁹¹.

⁹⁰ SAP Córdoba de 15 enero de 2010 (JUR 2010\345601)

⁹¹ ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 887-888.

C.VII.4. CONCLUSIONES

Con el objeto de responder a la cuestión planteada se han analizado los requisitos señalados, tanto por la legislación vigente como por la jurisprudencia española, como necesarios para poder determinar la calificación culpable del concurso de acreedores. A estos efectos, el primer análisis de las presunciones iuris tantum de culpabilidad arrojó la existencia de indicios suficientes como para considerar que el administrador y los socios de la sociedad "Nitrox, S.A.", conocían el estado de insolvencia de la misma e incumplieron su deber de, a estos efectos, solicitar la declaración del concurso, siempre pudiendo, los interesados, probar lo contrario. Sin embargo, el posterior análisis de las situaciones en donde la legislación vigente permite al juez apreciar, sin excepción, la culpabilidad del concurso también mostró la concurrencia, en el caso concreto, de uno de los supuestos señalados, por lo que, finalmente, se ha señalado que no existe ninguna duda y ninguna justificación abierta hacia administrador y socios, que les permita escapar de dicha calificación culpable. Posteriormente, el análisis de la Ley Concursal y de los hechos que derivaron en dicha calificación, en concreto, el alzamiento de bienes, permitieron concluir la condición de Héctor, por su labor de administrador, como persona afectada por la calificación del concurso y de las demás socios como cómplices del mismo, al haber colaborado de forma dolosa en el agravamiento de la situación de insolvencia.

C.VIII. CUESTIONES RELATIVAS AL ORDEN DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS CONCURSALES

La cuestión planteada versa acerca de la conveniencia del pago decretado por la administración concursal, en la medida en que ésta ordena el pago de un crédito contra la masa con un vencimiento anterior a un crédito de los trabajadores con la sociedad. A los efectos de poder concluir si esta decisión cumple con los criterios señalados por la legislación concursal, parece necesario realizar una breve reflexión acerca de la tipología de créditos existentes en el concurso y el orden de pago de los mismos.

C.VIII.1. CRÉDITOS CONTRA LA MASA

La Ley Concursal no señala una definición concreta de los créditos contra la masa más allá de su oposición al contenido de los denominados créditos concursales. Sin embargo, el artículo 84.2 L.C. establece un listado de aquellos créditos que puede entenderse que alcanzan esa denominación, lo que puede permitirnos concluir qué tipo de naturaleza común existe entre los mismos y podría, por lo tanto, ser considerada como definidora de los créditos contra la masa. En este sentido, ha de saberse que, tal y como señala el artículo 84.2-12º L.C. debe considerarse esta enumeración como una lista abierta donde podrán incluirse todos aquellos créditos que la ley considere como créditos contra la masa.

A falta del establecimiento legislativo de una definición, tal y como se indicaba anteriormente, diversos autores señalan que la naturaleza de estos créditos guarda una similitud común: han sido generados durante el desarrollo del procedimiento

concurstal⁹². Por otro lado, Menéndez concreta la cuestión aludiendo al hecho de que la Ley Concursal parte de la tradicional distinción entre gastos y obligaciones de la masa, entendiendo como créditos contra la masa, todos aquellos que puedan incluirse dentro de dicha distinción⁹³. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, la existencia de una clara excepción sobre el criterio general de deudas generadas en el concurso, como es el caso de la inclusión, en el artículo 84.2.1º L.C., de las deudas por salarios de los trabajadores de los últimos treinta días previos a la declaración de concurso y con la limitación cuantitativa del doble del salario mínimo interprofesional. La inclusión de esta excepción puede interpretarse como un intento de dotarlos de una mayor seguridad, permitiendo así que gocen de la mayor preferencia posible en el cobro⁹⁴. Precisamente, el último punto a tratar de este breve análisis sobre la naturaleza e implicaciones de los créditos contra la masa, ha de versar acerca del pago de los mismos.

C.VIII.2. CRÉDITOS CONCURSALES

Por oposición a los anteriores, pueden definirse los créditos concursales como aquellos que ya existían en el momento de la declaración del concurso y cuyos acreedores serán reconocidos como tal.

Los créditos concursales son clasificados, a su vez, por la Ley Concursal en su artículo 89.1 en diferentes categorías atendiendo a su naturaleza común y estableciéndose, mediante este etiquetado de los créditos, un orden de prelación relativo a la satisfacción de los acreedores de los mismos. A efectos de la resolución del caso que se plantea se entiende que el crédito que rige a favor de los trabajadores se corresponde con un crédito relativo a sueldos y salarios. En este sentido, a continuación se realizará una breve exposición relativa a las tipologías de créditos concursales y a sus implicaciones destinadas a poder determinar qué grupo ha de englobar esa clase de créditos.

Los créditos concursales, por lo tanto, son los siguientes:

1. **Créditos privilegiados (art. 89.2 L.C.):** La definición que puede parecer más acertada en relación a esta clase de créditos puede extraerse de las palabras de Etxarandio Herrera⁹⁵ sobre el privilegio, el cual considera “*es el derecho añadido al crédito [...] que le concede el nivel prelativo de preferencia de cada a la liquidación, y el derecho de quedar fuera del ámbito subjetivo del concurso*”. Por ende, debemos considerarlos como el primer grupo de créditos a efectos de cobro de entre los denominados concursales, al contar con una naturaleza tal que hace que se primen respecto los correspondientes al resto de

⁹² VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Volumen II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 2120.

⁹³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Civitas, 2014, pp.556-557. A estos efectos, señala que se consideran gastos de la masa los gastos de justicia y administración y obligaciones de la masa todos los contratos concluidos durante el concurso.

⁹⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Civitas, 2014, p.555.

⁹⁵ ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 672.

acreedores. La legislación reconoce, a su vez, dos clases de estos créditos de naturaleza distinta y cuyo pago se realizará de la manera que sigue:

- *Créditos con privilegio especial* (art. 90 L.C.): Serán esencialmente créditos que se correspondan con deudas garantizadas mediante un instrumento de garantía real. En dicho precepto se reconocen entre dichas garantías la hipoteca mobiliaria e inmobiliaria la prenda con y sin desplazamiento, la anticresis y la garantía real constituida mediante valores representados en cuenta. Su pago resultará preferente respecto de los demás créditos concursales (por lo tanto, también de la otra tipología de créditos privilegiados) y se realizará siempre, tal y como se establece en el artículo 155.1 L.C. con cargo a los bienes y derechos afectos al mismo. En el caso concreto no puede entenderse que el crédito a favor de los trabajadores se encuentre en este grupo; por un lado, al no cumplir las previsiones anteriores y, por otro, porque en la información de la que se dispone no se alude al reconocimiento, para el mismo de un carácter privilegiado que constituiría la excepción que podría dar lugar a su inclusión.
- *Créditos con privilegio general* (art.91 L.C.): El artículo 91 recoge el listado de las tipologías de créditos que deben incluirse en este grupo. En la medida en que no parece procedente recoger en este breve esquema el listado de créditos, no debe dejar de señalarse como incluidos en esta categoría los sueldos y salarios de los trabajadores siempre que no puedan incluirse en los grupos anteriores y cumpliendo los límites señalados en el propio precepto, el cual señala que

2. **Créditos subordinados:** Pueden definirse como aquellos créditos que cuentan con un peor tratamiento a la hora de su cobro en la medida en que, se relegan al último puesto al considerarlos menos prioritarios que los anteriores. Así mismo, este carácter secundario puede apreciarse también en su no presencia en la junta de acreedores y su no inclusión en lo que se refiere a la aprobación del convenio.

Lo anterior, por lo tanto, nos lleva a concluir que los salarios en este caso y a falta de la inclusión de los mismos como crédito de privilegio especial, deben ser considerados como créditos de privilegio general. A continuación se establecen las reglas de pago de los distintos créditos observables en el concurso de acreedores a los que previamente se ha hecho referencia con el objetivo de determinar si la actuación de la administración concursal es correcta.

Crédito contra la masa vs. sueldos y salarios considerados como créditos de privilegio general:

El artículo 154 de la Ley Concursal recoge el carácter prededucible de los créditos contra la masa, lo que implica la previsión de pago de los mismos con carácter previo al de los denominados créditos concursales; prioridad que puede entenderse que parte de la

naturaleza especial de los primeros frente a los segundos que lleva a otorgarles una mayor celeridad en el cobro. Respecto a esto se ha pronunciado el profesor Beltrán⁹⁶ dando lugar a una visión especialmente interesante en relación a la justificación de la posición privilegiada que la ley otorga a esta clase de créditos, entendiéndolo que esto responde a la conciencia, por parte del legislador, de la necesidad de implementar un instrumento que asegure los créditos postconcursoales en la medida en que, una vez iniciado el concurso, resultará especialmente complicado para el deudor conseguir fuentes de financiación para hacer frente a los gastos generados en éste. En este sentido, por lo tanto, deberíamos entender que la actitud del administrador es correcta en el sentido de que da prioridad al crédito que debe tenerla cumpliendo con las previsiones anteriores.

Crédito contra la masa vs. sueldos y salarios considerados como créditos contra la masa.

Como ya se ha señalado, los sueldos y salarios de los trabajadores pueden quedar incluidos en los créditos contra la masa siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el artículo 84.2.1º L.C: que se refieran a los treinta últimos días de trabajo efectivo antes de la declaración del concurso y que no superen el importe del doble del salario mínimo interprofesional. En la medida de lo anterior, entonces, podríamos encontrarnos ante un supuesto de concurrencia de créditos contra la masa, teniendo que decantarnos por uno de ellos a la hora de establecer una prelación en relación a la satisfacción de los mismos.

El criterio general de determinación del orden de pago que debe ser atendido en esta clase de situaciones, aparece recogido en el artículo 84.3 L.C., que señala que, cualquiera que sea la naturaleza de dichos créditos y el estado del concurso, se abonarán a su vencimiento⁹⁷. Sin embargo, dicha precepto, señala una distinción específica para los créditos por sueldos y salarios a los que nos referimos, donde se señala que serán abonados de manera inmediata, de forma que puede entenderse que el legislador ha querido extender la protección que ya les otorga a esta clase de créditos al recogerlos dentro de los denominados contra la masa, incluso reconociéndoles un carácter privilegiado respecto de los de su misma categoría. Si atendemos, por lo tanto, a esta consideración, debería entenderse que la conducta del administrador no es correcta en la medida en que debería haberse procedido al pago del crédito de los trabajadores de forma previa al del crédito contra la masa de carácter general.

⁹⁶ BELTRÁN, E., “La prioridad de los créditos contra la masa”, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 3611 y ss.

⁹⁷ El artículo 84.3 L.C también reconoce a la administración concursal la posibilidad de proceder al pago de créditos con un vencimiento posterior al de otros siempre y cuando puedan justificar esta medida y cumpliendo con las limitaciones impuestas. A este respecto se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 febrero de 2012 (RJ 2012\5287).

C.VIII.3. CONCLUSIONES

A los efectos de poder formarse una opinión acerca de la conveniencia de la actuación del administrador, se procedió a establecer un análisis acerca de la naturaleza de los créditos contra la masa y los créditos concursales. Mediante estos últimos pretendía poder señalarse en qué grupo resultarían incluidos los salarios de los trabajadores, al haber partido de la consideración de que son éstos a los que se alude cuando el enunciado hace referencia a los créditos de los trabajadores.

A este respecto se ha podido concluir que la actuación del administrador concursal es correcta siempre y cuando los sueldos y salarios pertenezcan al grupo de créditos considerados como privilegiados de carácter general en la medida en que, en dicho caso, siempre resultarán preferentes los créditos contra la masa frente a los del resto de categorías.

Sin embargo, en el caso de que los sueldos y salarios se correspondan con aquellos que el legislador ha elevado a la categoría de créditos contra la masa, otorgándoles, de este modo, una protección mayor, su pago debe ser inmediato, de manera que el administrador debería haberlos abonado con anterioridad al otro crédito.

BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN, E., BELTRÁN, E., “*La prioridad de los créditos contra la masa*”, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2004.

BOLÁS ALFONSO, J. , *La Junta General de Accionistas*, CISS, Valencia, 1999.

CABANAS TREJO, R. *Sociedad irregular y sociedad en formación: Una aproximación a su régimen jurídico*, Praxis, Barcelona, 1997.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L. *Los derechos mínimos del socio*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. *La representación cambiaria*, Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Madrid, 2015.

ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, Madrid, 2009

FERNÁNDEZ PANTOJA, P. , *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GARCÍA-CRUCES, J.A: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V., Marcial Pons, Madrid, 2005.

GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en el Derecho Penal*, Tirant monografías 427, Valencia, 2006

GARCÍA-PITA LASTRES, J.L. , *La aceptación de la letra de cambio*, La ley, Madrid, 1992.

HIGUERA GARRIDO, A. Altos directivos y administradores: estado de la cuestión, *Actualidad jurídica Uría-Menéndez* , 24-2009.

JIMENEZ SANCHEZ,G.: *Derecho Mercantil*, Ariel Derecho, Hospitalet, 2006

JUAN SANJOSÉ, R.J., El administrador ha distraído dinero de la sociedad ¿Apropiación indebida o Administración desleal?, *Noticias jurídicas*, 2014.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F. La reforma de la retribución de los administradores de las sociedades de capital, *Análisis GA&P*, Madrid, 2015.

MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, J. en La sociedad en formación, *Jueces para la Democracia*, 2007.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ. A. : Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*.Tomo XXX. Vol I, 1991.

MONCAYO RODRÍGUEZ, S. El delito de falsedad en el Derecho Romano, *Letras Jurídicas Volumen II*, 2000.

MORALEJO MENÉNDEZ, I. *Sociedad en formación y defensa del patrimonio social*, Cuadernos mercantiles, Madrid , 2002.

MUÑOZ CONDE, F., *El delito del alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona, 1999

SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen II, Aranzadi, 2013.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. , "La información del socio ante la Junta General", *Revista Derecho de Sociedades* nº8 , 1997.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Volumen II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

