

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO POR LA
UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

LA CONSTITUCIÓN DE UNA
SOCIEDAD MERCANTIL DEDICADA
A LA PELETERÍA

CURSO ACADÉMICO: 2015 / 2016

AUTOR: ALEJANDRO PRIDA GÓMEZ

TUTOR: OSCAR VERGARA LACALLE

ÍNDICE

LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL DEDICADA A LA PELETERÍA	III
- SUPUESTO DE HECHO	III
- CUESTIONES	V
INTRODUCCIÓN	1
CUESTIÓN 1	2
- 1.1. Responsabilidades penales	2
- 1.2. El pagaré. Concepto	2
- 1.3. Delito de falsedad documental	3
- 1.4. Delito de estafa. Elementos	4
- 1.5. Penalidad. Concurso	6
- 1.6. Responsabilidad patrimonial de Don Adrián Gómez	7
- 1.7. Legitimación activa para exigir la responsabilidad patrimonial	10
- 1.8. Prescripción	11
- 1.9. El endoso	11
- 1.10. Mecanismos para exigir el pago del pagaré	12
- 1.11. Cesión de créditos	15
CUESTIÓN 2	16
- 2.1. Adesión normal y adesión invertida	16
- 2.2. Requisitos de la adesión invertida	18
- 2.3. Legitimación activa	21
- 2.4. Acciones que puede ejercitar el propietario de la finca colindante. Acción reivindicatoria y acción de deslinde	21
- 2.5. Consecuencias jurídicas que se derivan para Don Alejandro si “<i>Tu Piel, S.L.</i>” no adquiere la propiedad de la franja de terreno. Saneamiento por evicción	24
CUESTIÓN 3	26
- 3.1. 1º controversia: la factura	26
- 3.2. 2º controversia: indemnizaciones laborales	27
- 3.3. 3º controversia: disminución de la clientela. Prohibición de hacer competencia	28
CUESTIÓN 4	30
- 4.1. Mayorías exigibles	30
- 4.2. Derecho de información de los socios	30
- 4.3. Impugnación de acuerdos sociales	31

- 4.4. Caducidad de la acción de impugnación	32
- 4.5. Legitimación activa	32
- 4.6. Medios de actuación contra los administradores sociales.	33
- 4.7. La acción social de responsabilidad	34
- 4.8. Responsabilidad penal	35
CUESTIÓN 5	36
- 5.1. Doctrina del levantamiento del velo societario	36
- 5.2. Aplicación en los diferentes órdenes jurisdiccionales. Legitimación activa y pasiva	40
- 5.3. Aspectos negativos del levantamiento del velo	41
CUESTIÓN 6	42
- 6.1. Retribución de los administradores sociales	42
- 6.2. Acciones emprendidas por parte de Don Daniel: separación de la administradora única	42
- 6.3. Acciones emprendidas por parte de Don Daniel: impugnación del acuerdo social	44
CONCLUSIONES	46
FUENTES	48
- LEGISLACIÓN	48
- JURISPRUDENCIA	49
BIBLIOGRAFÍA	50

LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL DEDICADA A LA PELETERÍA

SUPUESTO DE HECHO

En mayo de 2006, Don Adrián Gómez, Don Alejandro Hernández, Doña Teresa Medina, Don Daniel López y Doña Inmaculada Fernández deciden unir sus voluntades para constituir una Sociedad Limitada bajo la denominación de “Tu Piel, S.L.”, dedicada a la fabricación y comercialización de artículos de piel y marroquinería. El capital social de esta mercantil reflejado en la escritura de constitución ascendió a 50.000 euros, y se encontraba dividido en 5.000 participaciones sociales de 10 euros de valor nominal cada una de ellas, fruto de las siguientes aportaciones sociales:

- Daniel López e Inmaculada Fernández aportaron, cada uno, 10.000 euros en efectivo.

- Adrián Gómez aportó a la sociedad un crédito a su favor documentado en un pagaré del cual era tenedor, en el que se señalaba como fecha de vencimiento el día 19 de diciembre de 2006, siendo el importe establecido en el mismo de 10.000 euros. En el pagaré figuraba como emisora la entidad “Construcciones Manolo, S.L.”.

- Alejandro Hernández aportó en el acto de otorgamiento de la escritura de constitución una finca de su propiedad de 1.000 m^2 de superficie valorada en 10.000 euros, en la cual había realizado la construcción de una nave en octubre de 1995, que los socios pretendían emplear como almacén.

- Teresa Medina aportó a la sociedad un pequeño negocio de arreglos textiles valorado en 10.000 euros, del cual era titular desde agosto del 2004. Dicha titularidad había sido adquirida como consecuencia de una compraventa efectuada a Doña Soledad García, planteándose tras la misma diferentes controversias entre las partes

Por un lado, Doña Teresa se negó a hacer frente al pago tanto de una factura a nombre del establecimiento, presentada al cobro el 23 de diciembre de 2004, como al importe de 8.500 euros correspondientes a las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación de dos trabajadoras que habían sido despedidas en agosto de 2004. Doña Teresa argumenta que la factura se corresponde con el importe pendiente de satisfacer por unas obras en el establecimiento realizadas entre mayo y junio, las cuales no pensaba pagar ella, al igual que el importe exigido por los despidos, alegando que en el contrato de compraventa se firmó una cláusula que

establecía que “en caso de que se exija el abono de indemnizaciones a cualquier empleado, las mismas correrán a cargo del transmitente”.

Pero además, Doña Teresa se quejaba de que el negocio había experimentado un fuerte descenso en la afluencia de clientes a partir de noviembre de ese año, coincidiendo con la apertura de un nuevo establecimiento en el mismo municipio dedicado a la confección textil, cuya titular era Doña Soledad.

Finalmente, la sociedad “Tu Piel S.L.” es inscrita en el Registro Mercantil el 9 de agosto de 2006, estableciendo los estatutos que el órgano de administración se estructura como Consejo de Administración, y el mismo se encuentra integrado por 3 miembros: Don Gonzalo de Ulloa, que ostenta el cargo de Presidente, Don Daniel López y Doña Teresa Medina. Entre las facultades atribuidas por los estatutos a este órgano, se encuentran las de convocatoria de Junta General, y la dirección, administración y representación social.

El día 15 de junio de 2015 se celebra Junta General Ordinaria, previa convocatoria llevada a cabo por Don Gonzalo de Ulloa dentro del plazo legalmente previsto. Los socios Alejandro e Inmaculada, ante las sospechas de que se ha alquilado la mitad del almacén de la sociedad a un primo de Don Gonzalo por la nimia cantidad de 100 euros mensuales, y visto el anuncio de la convocatoria, deciden solicitar por escrito el 9 de junio a la sociedad el detalle de las partidas de ingresos que figuran en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2014, la cual forma parte de las cuentas anuales del ejercicio que deben ser aprobadas en la Junta. Ambos reciben respuesta por escrito el 11 de junio, en la que el Presidente deniega tal información argumentando que la misma es confidencial y su publicidad podría ocasionar perjuicios para la sociedad.

A la Junta General acuden todos los socios, aprobándose todos los acuerdos (relativos a la aprobación de las Cuentas Anuales, informe de gestión y aplicación del resultado, y aprobación de la gestión del Consejo de Administración), habiendo votado en contra D. Alejandro y Doña Inmaculada, pidiendo ésta última que se haga constar en acta su oposición.

Tras la pérdida de confianza, y debido a las desavenencias existentes entre los socios, Doña Inmaculada, D. Alejandro y D. Adrián deciden marcharse de la sociedad, comprando sus participaciones por mitad D. Daniel y Doña Teresa, convirtiéndose D. Daniel en administrador único, tras la correspondiente modificación de los estatutos. Sin embargo, tras unos meses, los problemas financieros de la empresa comienzan a ser muy acuciantes, provocando el impago de facturas de distintos proveedores y deudores, por lo que ambos socios deciden interrumpir la actividad de la empresa, sin llevar a cabo ningún trámite.

Semanas más tarde, ambos deciden constituir una nueva sociedad, “A tu medida, S.L.”, con la esperanza de tener mayor fortuna, en la cual Doña Teresa es administradora única y percibe una retribución de 2.000 euros mensuales en concepto de la llevanza de la gestión de la política general de la empresa. A través de esta nueva sociedad llevan a cabo la misma actividad que ya venían desarrollando en “Tu Piel, S.L.”, y para ello contratan a los 10 empleados con los que ya habían contado en esa sociedad.

CUESTIONES

1-. Llegado el día del vencimiento del pagaré aportado por Adrián Gómez, “*Construcciones Manolo, S.L.*” no atiende el mismo y manifiesta no haber expedido dicho pagaré ni reconoce la existencia de la deuda por no derivar de ninguna operación mercantil con el señor Gómez.

Si resultase probado que este último falsificó la firma del título-valor, así como que el sello no corresponde con el de la empresa emisora del mismo, ¿qué consecuencias jurídicas podrían derivarse de esta conducta?

2-. En marzo de 2016 se descubre que, al realizar la construcción de la finca, Don Alejandro invadió 75 metros cuadrados pertenecientes a la finca colindante.

Argumente jurídicamente si la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” habría adquirido o no la propiedad de dicha franja de terreno y sobre las acciones que el propietario de la finca colindante podría ejercitar. En caso de que la sociedad no hubiese adquirido la propiedad ¿qué consecuencias se derivarían para Don Alejandro?

3-. En relación a las controversias suscitadas entre D^a Teresa y D^a Soledad, razone jurídicamente la solución que debería darse a las mismas.

4-. Señale las posibilidades que podrían existir para que los acuerdos sociales fuesen declarados nulos, así como los medios de que dispondrían los socios disconformes para actuar contra los administradores.

5-. Determine qué posibilidades tendría un acreedor de “*A tu medida, S.L.*” para cobrar su crédito y contra quién podría dirigirse.

6-. Teniendo en cuenta que los estatutos de “*A tu medida, S.L.*” no contemplan disposición alguna respecto a la retribución de los administradores ¿puede percibir D^a Teresa los 2.000 euros mensuales? ¿Qué podría hacer D. Daniel en caso de que dejase de estar de acuerdo con esa retribución?

INTRODUCCIÓN

La creación y constitución de una sociedad mercantil que ostenta la forma de sociedad de responsabilidad limitada es la base estructural de este trabajo y en torno a ella nacen los diversos problemas y controversias jurídicas que se irán suscitando a raíz del enunciado expuesto. Las relaciones jurídicas de esta persona jurídica, el desarrollo de su actividad empresarial asumiendo por parte del empresario (SL) el denominado riesgo de empresa, las obligaciones contraídas, los bienes, derechos y obligaciones que componen su capital social y que nutren por tanto a la sociedad para poder iniciar su labor comercial en el sector de la peletería y la marroquinería así como la estructura y nombramiento de sus órganos de dirección y representación serán temas clave en el devenir de este texto académico.

La forma y los mecanismos que utilizan los aportantes y socios de la sociedad de responsabilidad limitada para efectuar la pretendida constitución social serán a la postre conformadores de las múltiples controversias que pivotan sobre la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” como núcleo central de estudio y análisis de este trabajo.

Aportaciones pecuniarias, bienes inmuebles (finca), derechos de crédito documentados en títulos-valor así como un local comercial son los diferentes instrumentos utilizados por parte de los cinco sujetos que ostentarán la posición jurídica de socios al poseer entre ellos el cien por cien del capital social de la empresa definida como ente económico que opera en el mercado y cuyo objetivo principal es la maximización de beneficios bajo la dirección de un empresario que se ocupa de la organización y distribución de los factores productivos y asume, como decíamos, el riesgo de la gestión empresarial y, por ende, los resultados alcanzados.

Debemos poner de manifiesto en este momento inicial de la exposición, la necesaria utilización por nuestra parte de las diversas áreas del Derecho para alcanzar las soluciones a las diversas cuestiones, problemáticas y controversias que a lo largo del mismo se irán planteando y desgranando para proceder a su estudio y análisis científico. Desde el Derecho Mercantil como Derecho Privado especial y dentro del mismo, el derecho de sociedades, el derecho cambiario, el estudio del empresario y sus clases etc; hasta el Derecho Penal para reconocer la existencia de algún ilícito penal en todo este entramado, que requerirá la respuesta del *ius puniendi* del Estado como titular único y exclusivo de la potestad punitiva y coercitiva, pasando por el Derecho Civil como instrumento regulador de las relaciones jurídicas entre los particulares dentro de la convivencia en el entramado de una comunidad social desarrollada y compleja.

Es destacable también la capital importancia que adquieren en trabajos de este tipo las tres bases documentales requeridas para su composición, que no son otras que la legislación y normativa aplicable, la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina que establecen los expertos en la materia de que se trate.

Llegados a este punto, se procederá a la enunciación de los problemas y preguntas que subyacen de los seis apartados que serán resueltos de forma ordenada numéricamente:

CUESTIÓN 1

1.- Llegado el día del vencimiento del pagaré aportado por Adrián Gómez, “Construcciones Manolo, S.L.” no atiende al mismo y manifiesta no haber expedido dicho pagaré ni reconoce la existencia de la deuda por no derivar de ninguna operación mercantil con el señor Gómez.

Si resultase probado que este último falsificó la firma del título-valor, así como que el sello no corresponde con el de la empresa emisora del mismo, ¿qué consecuencias jurídicas podrían derivarse de esta conducta?

Es preciso apuntar que en la actualidad, no constituye delito la emisión de un pagaré sin fondos. Dicho acto está despenalizado en atención a la regulación penal vigente en nuestro país.

1.1.- Responsabilidades penales

La falsificación del pagaré por parte del socio Adrián Gómez es constitutiva de un delito de falsedad en documento mercantil de los artículos 390.1.2º y 392 del Código Penal; conducta típica de la que Adrián Gómez responderá en calidad de autor del hecho delictivo y de la que se podrán querellar “*Construcciones Manolo, S.L.*” y también la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” como entidades afectadas y poseedoras de un interés directo y legítimo en el delito perpetrado. En concreto, el objeto de tutela o, expresado de otro modo, el bien jurídico protegido por este tipo penal “viene constituido por la seguridad del tráfico jurídico otorgada por la confianza en los documentos, especialmente en la garantía de veracidad y autenticidad del contenido que portan consigo. En este sentido, SSTs 215/2015, de 17 de abril”.¹

1.2.- El pagaré. Concepto

Resulta necesario especificar que el pagaré es un título-valor que goza de una regulación legal contenida en los artículos 94 a 97 de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCCh en adelante), en concreto, un título ejecutivo, literal, formal y abstracto por el que una persona, llamada firmante, se compromete de forma incondicionada a pagar una determinada suma de dinero a su vencimiento a otra persona, llamada beneficiario². Este pagaré nace, es decir, trae causa de la supuesta relación subyacente entre las partes: el tenedor Adrián Gómez, que ostenta la posición jurídica de beneficiario o tomador del mismo, y el firmante y deudor en la supuesta relación contractual subyacente, “*Construcciones Manolo, S.L.*” Sería esta entidad la que, supuestamente, habría creado y emitido el pagaré en forma nominativa y, por tanto, la que habría declarado en él una promesa de pago (diferencia fundamental del pagaré respecto de la letra de cambio y el

¹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, Lección XXXVI: “Falsedades, con especial referencia a la falsedad documental”, en AA VV, *Derecho Penal. Parte Especial*, coord. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Ed: Tirant lo Blanch, Valencia 2015. p. 620.

² Cf. PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, Lección 45: “Los títulos de crédito: el pagaré (I)”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, directores. AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO. Coord. MARÍA LUISA APARICIO. Ed: Aranzadi, Cizur Menor 2015. pags.374-375.

cheque, en los que no se formaliza una promesa de pago sino una orden de pago), es decir, una promesa de cumplimiento de una obligación pecuniaria³.

Se debe expresar también de una forma escueta y rotunda la función económica que cumple el pagaré como figura operadora en el tráfico comercial ya que “es un instrumento que permite al deudor (firmante) aplazar el cumplimiento de su prestación pecuniaria en el pago de la relación subyacente”⁴. También cumple el pagaré una función de garantía importantísima en el tráfico.

Que sea un título ejecutivo supone que se hará efectivo a la fecha de su vencimiento y en el lugar de pago que se determine en el mismo; que sea un título formal significa que ha de contener los requisitos formales exigidos por los artículos de la LCCh que lo regulan para tener la consideración de pagaré (arts. 94 a 97)⁵.

El pagaré es una figura que aparece en las leyes mercantiles (legislación mercantil especial y Código de Comercio), en concreto, como hemos visto, en la Ley Cambiaria y del Cheque, por lo que debe ser considerado a efectos penales un documento mercantil ya que es propio de dicho tipo de actividad aparte de la consideración genérica de documento consagrada en el artículo 26 del Código Penal: “... a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos, narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. La STS 215/2015, de 17 de abril señala que los documentos mercantiles cuentan con una mayor tutela penal merced al profundo grado de confianza que generan.

1.3.- Delito de falsedad documental

Se han expuesto anteriormente dos preceptos del Código Penal de 1995 (aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) necesarios para conseguir la subsunción de la conducta descrita en el supuesto de hecho en el tipo penal de falsedad debido a que el primero de esos preceptos, el art. 390 CP define con carácter general la acción típica con la expresión legal de que el sujeto activo cometa falsedad. “Ello implica que lleve a cabo el comportamiento de mutar la verdad, esto es, la presentación de una discordancia entre la realidad y lo expresado o declarado en el documento”⁶ produciéndose así la consumación del crimen. De las cuatro formas falsarias contenidas en el art. 390.1 la que mejor se incardina dentro del supuesto que es objeto de tratamiento es la existente en el apartado 2º en el que la falsedad consiste en la creación de un soporte material (pagaré), o parte de él, por alguien que no aparecerá como el otorgante formal del documento. La conducta señalada se expone con la siguiente literalidad en el Código Penal: “simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre

³ Cf. PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, Lección 45: “Los títulos de crédito: el pagaré (I)”, en AA VV, *cit.*, p. 375.

⁴ *Ibidem.*, Pags. 375-376.

⁵ Cf. Referencia a los requisitos esenciales que ha de contener el título (arts. 94 a 97 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque) en la obra monográfica *Principios de Derecho Mercantil. Tomo II*, de SÁNCHEZ CALERO, Fernando, revisada por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. Ed: Aranzadi, Cizur Menor 2015. Pags. 70-71-72.

⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano., Lección XXXVI: “Falsedades, con especial referencia a la falsedad documental”, en AA VV, *cit.*, p. 625.

su autenticidad”. A su vez, el segundo artículo requerido es el 392 CP en el que se establecen como autores o sujetos activos de delitos de falsedad a los particulares que cometan el hecho delictivo sobre documentos mercantiles. Esta es la conducta realizada por Adrián Gómez como particular, merecedora de una respuesta penal por subsumirse en alguno de los tres primeros apartados del artículo 390.1, más en concreto, en el apartado 2º.

1.4.- Delito de estafa. Elementos

La actuación realizada por Adrián Gómez también es constitutiva de un delito de estafa del que deberá responder el sujeto en calidad de autor de los hechos. Este tipo penal constituye un delito común que se encuentra tipificado en el Capítulo VI del Título XIII del Libro II del Código Penal en donde aparecen señaladas este tipo de defraudaciones (artículos 248 a 251 bis CP).

“El tipo básico de estafa está consagrado en el artículo 248.1, que define este delito como la conducta consistente en utilizar, con ánimo de lucro, engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.”⁷ El bien jurídico protegido por este tipo penal es el patrimonio. En este sentido, siguiendo a la doctrina mayoritaria, se entiende que el tipo de estafa protege o tutela el patrimonio considerado en su totalidad ergo, como *universitas iuris*⁸ dentro de un concepto mixto de patrimonio, es decir, de un concepto jurídico-económico del mismo.

Antes de entrar en el supuesto de estafa concreto cometido por el aportante y socio de la sociedad de responsabilidad limitada que otorgó un derecho de crédito documentado en un pagaré falso como aportación social, resulta conveniente explicar brevemente cuáles son y en qué consisten los elementos básicos del delito de estafa cuya suma es totalmente indispensable para la categorización de este hecho como merecedor de una respuesta penal.

Entre los componentes del delito de estafa que a continuación se citarán y se explicarán debe existir “un nexo o relación de causalidad ideal o motivacional ya que el engaño ha de motivar (producir) un error que induzca a realizar un acto de disposición que determine un perjuicio”⁹ propio o ajeno. También se han de constatar entre esos elementos la existencia de una relación de riesgo o imputación objetiva.

De entre ellos, el primer y principal elemento conformador de la estafa es el engaño entendido como su factor más significativo y definitorio; el TS emite reiteradamente esta conclusión en su jurisprudencia (por ejemplo, STS de 16 de febrero de 2007). “El engaño

⁷ PASTOR MUÑOZ, Nuria Y COCA VILA, Ivó, Tema 11: “Delitos contra el patrimonio (II)”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, director. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Coord. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Ed: Ateher 2015.

⁸ Cf. Siguiendo la tesis expuesta por BAJO FERNÁNDEZ Y PÉREZ MANZANO referenciada por los autores PASTOR MUÑOZ, Nuria Y COCA VILA, Ivó en la obra *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*.

⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Lección XXIII: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, en AA VV, *Derecho Penal. Parte Especial*. coord. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Ed: Tirant lo Blanch, Valencia 2015. p. 689.

designa la acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad y que no se corresponde con la realidad”¹⁰.

Como explicación eminentemente práctica de la realización del delito de estafa se ha de entender que el autor del hecho delictivo engaña para que el propio poseedor del bien o derecho le entregue lo que desea hacer suyo, diferencia sustancial con otros delitos contra el patrimonio como el robo y el hurto, en los que el autor toma la cosa, así como respecto a la apropiación indebida en los que el eventual autor se adueña de la cosa.

El engaño cometido por Adrián Gómez a la sociedad mercantil “*Tu Piel, S.L.*” es un engaño activo y no omisivo ya que es el propio autor o sujeto activo del delito el que efectúa un comportamiento dirigido a engañar, a producir un error en el sujeto pasivo o víctima del mismo (conducta falsaria mediante la utilización de un pagaré falso), en este caso, a la entidad societaria cuyo acto de disposición es proporcionarle a Adrián Gómez la condición de socio y hacerle propietario del 20% del capital social de la entidad al ser titular de 1.000 participaciones sociales, cada una de ellas con un valor nominal de 10 euros, padeciendo así la sociedad de capital un perjuicio de carácter patrimonial.

El segundo elemento conformador del delito de estafa es el error, que suele definirse como representación falsa de la realidad por parte del sujeto pasivo, es decir, el error debe ser entendido como “requerimiento de un estado psicológico de falsa representación de la realidad, consecuencia del engaño y causa del acto dispositivo”¹¹; un engaño que ha de ser bastante para “producir error en otro” (art. 248.1 CP). Para la necesaria realización del riesgo en el resultado típico sí que es preciso la constatación de un error en el engañado. Dicha constatación se pone de manifiesto en el caso gracias al acto de disposición que ejercita la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” al convertir a Adrián Gómez en uno de sus copropietarios otorgándole la titularidad de un porcentaje significativo de participaciones.

El tercer elemento que está presente en la naturaleza jurídica de la estafa es el acto de disposición patrimonial, por el que se ha de entender “toda acción u omisión que implique un desplazamiento de carácter patrimonial”¹². Este acto de disposición supone, por tanto, un acto de entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate, el cual debe ser llevado a cabo por la víctima. Nos referimos, sin duda, a un concepto fáctico, ello quiere decir que tiene que producirse el acto material de desplazamiento eludiendo, desde este punto de vista, su significación jurídica.

Y, por supuesto, como ya se ha recalcado anteriormente, para que un acto de disposición llegue a tener relevancia típica, ha de ser inducido por el error causado mediante engaño bastante por la parte actora. En el supuesto de hecho que constituye nuestro objeto de

¹⁰ Definición de la expresión “engaño” empleada en el lenguaje común y que GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS trae a colación en la Lección XXIII: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, *cit.* p. 391 para anunciar la inexistencia en la Ley de una definición del término citado *ut supra*.

¹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Lección XXIII: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, *cit.*, p. 394.

¹² *Ibidem.*, p. 396.

estudio se cumplen claramente todas estas premisas y postulados, tanto doctrinales como jurisprudenciales. El acto de disposición patrimonial dentro del caso es la concesión de la posición jurídica de socio, dicho de otro modo, del derecho a ostentar la titularidad o dominio de un número relevante de participaciones sociales.

Que se produzca un perjuicio patrimonial en la persona engañada -en este caso, en un ente jurídico-empresarial llamado “*Tu Piel, S.L.*”- o en otra persona distinta constituye un requisito *sine qua non* para que la estafa sea una realidad punible ya que el acto de disposición debe ser “en perjuicio propio o ajeno” (artículo 248.1 del Código Penal). La concepción doctrinal dominante entiende que “el perjuicio (menoscabo del patrimonio) es el resultado típico”¹³.

El ánimo de lucro conforma el último presupuesto indispensable para la existencia de este delito contra el patrimonio. Siendo un elemento subjetivo del tipo debe ser definido e interpretado, en consonancia con lo determinado por la jurisprudencia de los tribunales, en términos muy amplios, como finalidad o “intención de obtener un enriquecimiento patrimonial correlativo (aunque no necesariamente equivalente) al perjuicio típico ocasionado”¹⁴. Dicho enriquecimiento puede formarse mediante cualquier utilidad o provecho obtenido, sea económico o no.

Junto al ánimo de lucro aparece otro elemento subjetivo indispensable en la estafa: el dolo, entendiéndolo como tal la voluntad o intención de cometer un hecho merecedor de una respuesta penal por parte del Estado. Así, la estafa imprudente, que no se da en este caso, es impune, pues su castigo no está previsto expresamente en el Código Penal¹⁵, en virtud de la literalidad contenida en su artículo 12, precepto que expresa lo siguiente: “*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*”.

1.5-. Penalidad. Concurso

Tras analizar los diferentes elementos constitutivos del delito de estafa, es momento para concretar la penalidad que le corresponde a estos dos actos punibles (falsedad documental y estafa) cometidos por Adrián Gómez en calidad de autor. Ambos ilícitos deben encuadrarse en un concurso de delitos. Hay que decir que es frecuente que la estafa aparezca en concurso con el delito de falsedad pues, como se da en este supuesto, el documento falso suele ser el instrumento utilizado como engaño. El TS ha resuelto el problema entendiéndolo que, si se trata de falsedad en documento público o mercantil (el pagaré empleado es un documento mercantil), habrá un concurso medial de delitos, a resolver por aplicación del artículo 77 CP que tipifica la penalidad existente cuando una infracción penal (falsedad documental) se emplee como medio para cometer otra

¹³ PASTOR MUÑOZ, Nuria Y COCA VILA, Ivó, Tema 11: “Delitos contra el patrimonio (II)”, *cit.* p.261.

¹⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Lección XXIII: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, *cit.*, p. 397.

¹⁵ PASTOR MUÑOZ, NURIA Y COCA VILA, IVÓ., Tema 11: “Delitos contra el patrimonio (II)”, *cit.* p.262.

(estafa)¹⁶. El segundo apartado del precepto citado indica la solución aplicable estipulando que “*en estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones*”. Aplicando lo dispuesto en este precepto el castigo que le correspondería a Adrián Gómez como autor de sendos delitos sería la pena de prisión de un año, nueve meses y un día a 3 años.

Si se atiende al momento de comisión de los ilícitos penales, esto es, al año 2006, se aprecia que la regulación penal existente en aquel tiempo tipificaba un delito de estafa consagrado en el artículo 248.1 del Código Penal acompañado de la existencia, en dicho cuerpo legal, de un subtipo agravado del delito de estafa prevenido en el artículo 250.1.3¹⁷ en el que se agrava la penalidad de este tipo cuando se efectúe la estafa mediante pagaré¹⁸. Esta sería la tipificación de los hechos acaecidos en el momento de su producción y de ella se desprende la penalidad con la que enjuiciar los mismos. Con la existencia de este subtipo agravado de estafa que eleva la pena de prisión si la conducta defraudadora se llevase a cabo mediante un documento cambiario en concreto, un pagaré; ello eliminaría por completo la atención al delito de falsedad documental debido a que la conducta falsaria no sería tenida en cuenta propiamente como delito de falsedad, sino que se subsumiría en el subtipo agravado siendo ejercida por el mismo sujeto, Adrián Gómez, que comete la estafa. Si se castigarán los hechos aplicando ambos tipos penales se produciría una aplicación errónea o incorrecta del Derecho ya que estaríamos ante un supuesto de *bis in idem*, castigándose y valorándose penalmente dos veces el mismo hecho, lo cual está completamente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Sin embargo, y en contraposición a lo escrito anteriormente, uno de los principios generales conformadores del ordenamiento penal establece la aplicación retroactiva de las normas que sean más favorables para el reo (*a contrario sensu* art.9.3 CE¹⁹). Al contener la ulterior regulación penal una tipificación más favorable para el acusado en torno al delito de estafa, se debe escoger dicha regulación penal en aras del cumplimiento del principio arriba anunciado por lo que, a los efectos que interesan en este trabajo, se debe elegir todo el desarrollo penal especificado al inicio de este escrito en relación a los delitos de falsedad documental y estafa, así como respecto a la apreciación del concurso medial entre sendos delitos.

1.6-. Responsabilidad patrimonial de Don Adrián Gómez

Al igual que en el terreno penal, en cuanto a la responsabilidad patrimonial que debe exigir la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” y por la que deberá responder Adrián Gómez, hay que

¹⁶ Cf. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Lección XXIII: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, *cit.*, p. 398.

¹⁷ Artículo 250.1.3º del Código Penal vigente en el año 2006: “*El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambia en blanco o negocio cambiario ficticio*”.

¹⁸ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

¹⁹ Artículo 9.3 de la Constitución española de 1978: “*La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”

tener en cuenta la regulación mercantil vigente en aquel tiempo. Al respecto, se debe acudir a la regulación específica de las sociedades limitadas que se encontraba en vigor en las fechas en que suceden los diversos acontecimientos que dan pie a la exigencia de esa responsabilidad patrimonial por parte de la entidad empresarial; dicha regulación normativa se establece, con carácter general, en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL en adelante), vigente hasta el 1 de septiembre de 2010, fecha en la que entra en vigor la actual Ley de Sociedades de Capital en la que se incardina, junto a otras formas societarias como por ejemplo la sociedad anónima o la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada. Además, será necesario acudir a la Ley Cambiaria y del Cheque para dar respuesta a esa responsabilidad patrimonial derivada del instrumento que Adrián Gómez emplea en sus actuaciones delictivas, el instrumento referido es el pagaré (título-valor respuestas procesales relativas al juicio cambiario, cuya regulación se encuentra tipificada en los artículos 819 a 827 del referido cuerpo legal, ambos inclusive).

Si se procede al análisis referido a la cuestión de la responsabilidad patrimonial que se cierne sobre uno de los socios fundadores de la entidad “*Tu Piel, S.L.*”, hay que partir de la premisa normativa establecida en el artículo 4 de la ya derogada LSRL en el entendimiento de que el capital social de una sociedad de responsabilidad limitada, “desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado” (esta misma exigencia imperativa se encuentra dispuesta en la actualidad en el artículo 78 de la Ley de Sociedades del Capital) en discordancia con la regulación existente para las sociedades anónimas (prototipo genérico de sociedad de capital) en las que es posible desembolsar, como mínimo, un veinticinco por ciento del capital social en el momento de su constitución (art. 79 de la actual Ley de Sociedades del Capital). Ello supone que las participaciones sociales en que se divida el capital social de una sociedad limitada deberán estar íntegramente asumidas en el momento de su constitución.

Ello indica que la aportación social realizada por Adrián Gómez y su realidad documental y dineraria deben estar presentes de forma fidedigna en el momento de la constitución de la sociedad. Al resultar probado que la realidad de la aportación no dineraria, consistente en un derecho de crédito documentado a través de un pagaré, no está correctamente integrada en el capital social, nace una responsabilidad patrimonial que deberá asumir el ya citado socio.

“La LSRL se ocupa de las aportaciones no dinerarias en sus artículos 20 y 21 en los que se habla de garantizar la realidad de la aportación y la identidad de la obligación que se asume con la entrega ulterior.”²⁰

A su vez, el artículo 20.2 añade que “será de aplicación a las aportaciones no dinerarias lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas”, relativo a la obligación de entrega y saneamiento que tiene el aportante de, entre otros, las obligaciones de un derecho de crédito como es el caso expuesto, cuyo segundo apartado expresa lo siguiente:

²⁰ “Aportación no dineraria SRL”, en AA VV, *Diccionario de Sociedades*. dir. ALONSO LEDESMA, Carmen. Ed: Iustel, Madrid 2006. p. 218.

“si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor”.

“Por su parte, el artículo 21 LSRL se refiere al régimen de responsabilidad, cuya razón última es proteger (restablecer) la equivalencia entre capital existente y patrimonio (Alonso Ledesma, Gallego Sánchez, Vázquez García, etc)”²¹.

Este régimen, que se entiende imperativo, es decir, de obligado cumplimiento para los sujetos inmiscuidos en dicha obligatoriedad, posee dos notas esenciales. En primer lugar, no se requiere, al contrario que en el régimen correspondiente a las sociedades anónimas, la formulación de un informe pericial respecto de las aportaciones; informe que no se ha efectuado en ningún momento a merced de lo expuesto en el supuesto de hecho que se plantea. En segundo lugar, la ausencia de este informe se suple con la exigencia de responsabilidad a los socios fundadores²².

El socio Adrián Gómez es sujeto responsable de la aportación social efectuada porque cumple con los requisitos mencionados en el artículo 21.1 LSRL, el cual señala que los *“fundadores y, asimismo, los adquirentes de participaciones sociales desembolsadas mediante aportaciones no dinerarias responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales, si los hubiera, de la realidad y valoración pecuniaria que se haya atribuido en la escritura de constitución a las referidas aportaciones no dinerarias”*.²³

En el entendimiento de que Don Adrián Gómez no se opuso en ningún momento ni en forma alguna a dicho desembolso, adquiere por ello la responsabilidad relativa a la realidad y valoración de aquél. O expresado con otras palabras, D. Adrián Gómez se erige en garante del capital social junto con el resto de socios fundadores.

En cuanto a los presupuestos de la responsabilidad, el art. 21.1 LSRL hace responsable a los sujetos ya expresados por *“la realidad de las aportaciones”* y por el *“valor que se les haya atribuido en la escritura”*²⁴.

Primero, en cuanto a esa realidad, *“la doctrina indica que la aportación comprende la existencia de los objetos aportados y su ingreso efectivo en el patrimonio social, e incluso la validez del título de adquisición, de manera que la acción de responsabilidad se desatará tanto en los casos de incumplimiento del aportante (como es nuestro caso) como en los de cumplimiento defectuoso que dé lugar a saneamiento por evicción”*²⁵.

²¹ ALONSO LEDESMA, GALLEGO SÁNCHEZ, VÁZQUEZ GARCÍA, “Aportación no dineraria SRL”, *cit.*, p. 218.

²² Opinión doctrinal vertida en relación a la obligatoriedad del artículo 21 LSRL en “Aportación no dineraria SRL”, en AA VV, *Diccionario de Sociedades*. dir. ALONSO LEDESMA, Carmen. Ed: Iustel, Madrid 2006. pags. 218-219.

²³ “Aportación no dineraria SRL”, en AA VV, *Diccionario de Sociedades*. dir. ALONSO LEDESMA, Carmen. Ed: Iustel, Madrid 2006. p. 219.

²⁴ SÁNCHEZ MIGUEL, “Aportación no dineraria SRL”, *cit.*, p. 220.

²⁵ *Ibidem*.

Segundo, con “respecto a la valoración, es cuestión pacífica que sobre la misma se tendrá en cuenta la efectuada en el momento de realizarse la aportación, la cual tuvo lugar cuando se llevó a cabo el otorgamiento de la escritura constitutiva”²⁶. En lo que nos interesa para la resolución de esta problemática jurídica, el importe de 10.000 euros que contiene el pagaré es una suma dineraria exacta no siendo ningún bien mueble o inmueble afecto por la posible depreciación que sufra dicho bien con el transcurso del tiempo. Aun así, la depreciación padecida *a posteriori* no es generadora de responsabilidad alguna atendiéndose a la valoración inicial *ut supra*.

Resulta de suma importancia para la resolución del caso la absoluta separación o diferenciación jurídica de la responsabilidad penal, que ya ha sido objeto de atención más arriba en este escrito, de la responsabilidad patrimonial a la que se está aludiendo en estos párrafos ya que acerca de su naturaleza, según el parecer mayoritario de la doctrina en los momentos de vigencia de la Ley, se trata de una responsabilidad u obligación de garantía *ex lege* (por ministerio de la ley) que no requiere la culpa como presupuesto. De ello se deduce que el daño y la relación de causalidad son ajenos e irrelevantes al precepto: el socio demandado, D. Adrián Gómez, estará obligado exclusivamente a aportar el valor de la aportación real, en este caso, los 10.000 euros que constaban en el derecho de crédito documentado a través de un pagaré que cuya literalidad, información y datos de relevancia jurídica resultó ser falsa. Ello supone que Adrián Gómez no se verá obligado a responder, en virtud de este tipo de responsabilidad patrimonial, por los daños y perjuicios que la inexistencia de la aportación hubiere ocasionado a la sociedad²⁷; unos daños y perjuicios a los que se atendió por la vía de la responsabilidad penal y, en su caso, mediante la exigencia de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

1.7.- Legitimación activa para exigir la responsabilidad patrimonial

La legitimación activa para ejercer la acción de responsabilidad la poseen, en este caso, los administradores de la sociedad limitada. Esta afirmación se deduce del tenor literal del artículo 21.2 LSRL, que estipula que “*la acción de responsabilidad deberá ser ejercitada por los administradores o por los liquidadores de la sociedad. Para el ejercicio de la acción no será preciso el previo acuerdo de la sociedad*”. De esta dicción literal se puede comprobar que la Ley 2/1995, de 23 de marzo (LSRL) “configura esta potestad de los administradores y liquidadores más como una obligación que como una simple facultad”²⁸. “Por eso, la doctrina sostiene que, si los administradores y liquidadores no ejercitan la citada acción, cabría entablar una acción de responsabilidad contra ellos por infracción del deber de diligencia al que están sujetos”²⁹.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ ALONSO LEDESMA, BONARDELL LENZANO Y CABANAS TREJO, GALLEGRO SÁNCHEZ, VÁZQUEZ GARCÍA, “Aportación no dineraria SRL”, *cit.*, p. 220.

²⁸ “Aportación no dineraria SRL”, en AA VV, *Diccionario de Sociedades*, dir. ALONSO LEDESMA, Carmen. Ed: Iustel, Madrid 2006. p. 221.

²⁹ *Ibidem*.

En la redacción correspondiente al inicio de este párrafo se ha obviado, conscientemente, a los liquidadores ya que, en el caso expuesto, no nos encontramos en una fase de liquidación en el que dichos sujetos aparezcan o tengan la función descrita.

El resto de socios fundadores no se encuentra legitimado para el ejercicio de la acción de reclamación de la responsabilidad patrimonial ya que no cumple con lo requerido por el artículo 21.3 LSRL³⁰.

1.8.- Prescripción

Por último, y en cuanto al momento en el que prescribe esta responsabilidad por parte del aportante Don Adrián Gómez se deberá estar a lo dispuesto en el art. 21.4 LSRL: “*La responsabilidad frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años a contar del momento en que se hubiera realizado la aportación*”. Por tanto, los administradores de “*Tu Piel, S.L.*” - Don Gonzalo de Ulloa, Don Daniel López y Doña Teresa Medina- deben interponer esta reclamación de responsabilidad patrimonial contra Don Adrián Gómez durante ese plazo de cinco años; la problemática estriba en cuándo se entiende que comienza a contar dicho plazo. A este respecto, “la redacción legal lo identifica como la fecha de realización de la aportación, lo que plantea un problema en los casos de falta de realidad de la aportación, dada la inexistencia del hecho que individualiza el día inicial del cómputo. La cuestión debe resolverse entendiendo la referencia a la fecha en que debería haber quedado efectuado, coincidente con la de otorgamiento de la escritura por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 LSRL”³¹, siendo la fecha señalada el 9 de agosto de 2006.

1.9.- El endoso

Si se presume que ha existido una circulación del pagaré con la transmisión del derecho de crédito es imprescindible acudir a la regulación del endoso (instrumento de transmisión de letras de cambio y otras figuras cambiarias regulado de los artículos 14 a 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque) cuyo concepto “implica una declaración pura y simple que el actual tenedor, Don Adrián Gómez (denominado endosante), inserta y firma en el documento, por la cual legitima a otra persona (denominada endosatario), en este caso, “*Tu Piel S.L.*” para ejercer los derechos que se incorporan al documento³²” (derecho de crédito). Es decir, en este caso, el beneficiario Adrián Gómez decide transmitir el pagaré antes de que se produzca el vencimiento del crédito cartáceo para que la persona jurídica haga efectivo dicho título en el momento señalado o con posterioridad al mismo.

³⁰ Artículo 21.3 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010): “*La acción de responsabilidad podrá ser ejercitada, además, por cualquier socio que haya votado en contra del acuerdo siempre que represente al menos el 5 % de la cifra del capital social y por cualquier acreedor en caso de insolvencia de la sociedad*”.

³¹ BONARDELL LENZANO, Rafael Y CABANAS TREJO, Ricardo, “Artículo 21”. – En AA VV, *Comentarios a la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, coord. IGNACIO ARROYO, JOSÉ MIGUEL EMBID, CARLOS GÓRRIZ. Ed: Tecnos, Madrid 2009. p. 332.

³² PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, Lección 45: “Los títulos de crédito: el pagaré (I)”, en AA VV, *cit.*, p. 387.

Es perfectamente válido el endoso del pagaré referido porque no existe -no se cita en el caso expuesto- una mención expresa en virtud de la cual dicho pagaré no pueda ser endosado y, según dispone el art. 14 LCCh, el pagaré emitido tanto “a la orden” como nominativamente puede ser objeto de endoso.

La circulación del pagaré mediante endoso muestra múltiples ventajas sobre la cesión ordinaria de créditos (arts. 1526 y ss. del Código Civil). Una de ellas es la posibilidad de transmisión del título y del derecho o derechos que lleva incorporado sin necesidad alguna de comunicación al deudor (en este caso, al “deudor imaginario” “*Construcciones Manolo S.L.*”). Además, “este tipo de transmisión o circulación del pagaré sirve para mantener el título-valor separado de la relación subyacente extracambiaria por lo que el deudor originario no podrá oponer al endosatario ninguna excepción personal que tuviera contra el beneficiario (artículo 20 LCCh)”³³

De forma breve se deben citar los requisitos del endoso, tanto formales como de fondo, para que el mismo se repute válido: el endoso ha de implicar una declaración pura y simple y por ello incondicionada; el endoso debe ser total en el sentido de que un endoso parcial se reputaría nulo. Todo esto respecto a las condiciones de fondo que ha de presentar esta figura empleada en el tráfico jurídico. Respecto a las condiciones formales que ha de reunir, el endoso supone añadir una cláusula escrita al documento del pagaré y comprende también la entrega material o *traditio* del título-valor. En el pagaré, el endoso puede constar en cualquier lugar del documento cambiario, siempre y cuando sea claro, nítido su contenido, así como la identificación de las partes que lo suscriben.³⁴

En lo tocante a los efectos principales que produce el endoso, y a pesar de que algunos de ellos han sido ya citados con anterioridad resulta clarificador verlos de manera sucinta: “En primer lugar, el endoso produce una función o efecto legitimador, ya que el endosatario que posee el título se considera poseedor o tenedor legítimo del pagaré.

En segundo lugar, el endoso supone el efecto de transmitir todos los derechos resultantes del pagaré, en este caso, el derecho referido es un derecho de crédito que tiene un valor dinerario.

En último lugar, el endoso produce, por regla general, un efecto de garantía ya que el endosante (Don Adrián Gómez) responde en vía de regreso frente al tenedor posterior del pagaré (“*Tu Piel, S.L.*”) de la aceptación y del pago. Es una obligación cambiaria *ex lege* (LCCh) que debe asumir el endosante”³⁵.

1.10-. Mecanismos para exigir el pago del pagaré

Hemos descrito brevemente la figura del endoso, de vital importancia para dar una solución jurídica al caso. El primer hecho que debemos tratar a continuación es la reclamación del pago prometido (presentación al pago regulada en el artículo 43 LCCh)

³³ PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, Lección 45: “Los títulos de crédito: el pagaré (I)”, en AA VV, *cit.*, p. 389.

³⁴ *Ibidem.*, pags. 389-390.

³⁵ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil. Tomo II.*, *cit.* p. 80.

en el pagaré que “Tu Piel S.L.” exigirá a “*Construcciones Manolo, S.L.*” así como la forma y los mecanismos jurídicos que éste podrá utilizar para no responder a dicho pago habida cuenta de la falsificación de su firma en el documento que sitúa de manera fraudulenta a “*Construcciones Manolo, S.L.*” en la posición de firmante del título creado falsamente por Adrián Gómez. En este sentido, la primera actuación que debe efectuar el supuesto firmante es negar o denegar el pago del pagaré. La negación significa la acreditación de su presentación al cobro mientras que la denegación se realiza sin efectuar otro pronunciamiento no sirviendo para confirmar la acreditación expuesta.

Tras esta ausencia u oposición al pago requerido después de producirse el necesario vencimiento del pagaré, “*Tu Piel, S.L.*” se dispondrá a ejercitar una acción cambiaria, más en concreto, la acción directa contra el que entiende es obligado principal debido a su presencia en el título-ejecutivo ostentando la posición de firmante del mismo y sin necesidad de que se cumplan determinados presupuestos, como es el levantamiento del protesto (instrumento expedido por el fedatario público, notario para acreditar la falta de pago del pagaré), sin depender, por tanto, de dicho instrumento en virtud de lo dispuesto en el artículo 49.2º de la Ley Cambiaria y del Cheque. Esa “acción directa nace exclusivamente por falta de pago, ya que presupone que la letra ha sido aceptada”³⁶ y se opone para conseguir el pago del pagaré, sus réditos y los posibles gastos que se hayan ocasionado con motivo de su impago. Esta acción directa tiene un plazo de prescripción de tres años, cuyo plazo a efectos del inicio del cómputo se cuenta a partir del vencimiento del pagaré (art. 88.1º LCCh).

Frente a esta acción directa ejercitada por “*Tu Piel, S.L.*”, “*Construcciones Manolo, S.L.*” deberá oponer una excepción que sirva para evitar un pago que no le corresponde, al que no está obligado ya que no ha existido ninguna relación comercial entre ella y el anterior tenedor del pagaré, el cual resulta ser uno de los aportantes de la primera entidad y que procedió a la falsificación de la información contenida en ese título (aportación social no dineraria) del que se deriva la inventada obligación de pago que le reclama la empresa dedicada a la peletería.

En cuanto a esas excepciones, el rigor cambiario supone la existencia taxativa de ciertas excepciones (limitadas *ope legis*) que puede oponer el demandado frente al requerimiento de pago enumeradas en el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque. Estas excepciones cambiarias, también denominadas excepciones reales (o *in rem*), son oponibles a cualquier tenedor del pagaré y se derivan del propio título.

La excepción que se esgrime en este supuesto por parte de la empresa de construcción será la de “inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma, es decir, que no se corresponde con la del demandado”.³⁷

³⁶ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil. Tomo II.*, cit. p. 96 *in fine*.

³⁷ PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, “Lección 46: El pagaré (II). La letra de cambio”, en AA VV, cit. p. 406.

La acción cambiaria directa planteada presenta la ventaja de disfrutar de “un procedimiento declarativo, especial y sumario para el ejercicio de dicha acción cambiaria ejecutiva sobre la base de una letra de cambio, pagaré o un cheque”.³⁸

El juicio cambiario está regulado en una norma procesal, en concreto, en los artículos 819 a 827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero). Este procedimiento cambiario se inicia mediante la presentación de la demanda sucinta acompañada del documento original del título, en este caso, del pagaré. Abordando el contenido del articulado de la LCCh, “el 66 declara, en relación con el 96 del mismo cuerpo legal, que el pagaré tendrá aparejada ejecución a través del juicio cambiario por la suma determinada del título y por las demás cantidades”³⁹ (mora en el pago, intereses de demora). Los artículos 94 a 97 LCCh, en los cuales se define y concreta, como hemos dicho, la figura del pagaré, se derivan a los artículos generales que regulan la letra de cambio para lo referente al juicio cambiario, acciones y excepciones oponibles.

En el plano procesal, el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento y fallo de la contienda derivada del juicio cambiario corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida el demandado. Se establece además un plazo de diez días para que el demandado (“*Construcciones Manolo, S.L.*”) pueda interponer demanda de oposición al juicio cambiario mediante, como ya ha sido puesto de manifiesto, alguna de las excepciones llamadas por el artículo 824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) “causas o motivos de oposición” que se encuentran tipificadas en el citado art. 67 LCCh. Para culminar con lo referente al ámbito jurídico-procesal, decir que el art. 827.3 LEC afirma que la sentencia firme dictada en el procedimiento o juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada respecto de las cuestiones que pudieron ser alegadas y discutidas en este juicio especial y sumario⁴⁰.

Una vez que la excepción alegada por la empresa de construcción consiga imponerse judicialmente, “*Tu Piel, S.L.*” deberá optar por otras vías para conseguir el montante económico inserto en ese derecho de crédito aportado por medio del pagaré. La opción que debe adoptar la entidad, si se continúa con la presunción de que se ha producido una circulación del título-valor mediante endoso, será la de ejercer la acción de regreso para ir contra otro obligado cambiario, en este caso, contra el aportante del crédito valorado en 10.000 euros, Don Adrián Gómez, que fue además el beneficiario inicial de dicha suma; o dicho de otra forma, al ver el actual tenedor insatisfechas sus expectativas de cobro por medio de su requerimiento a “*Construcciones Manolo, S.L.*” mediante la acción cambiaria directa, deberá cambiar de objetivo para lograr la reparación del quebranto patrimonial causado optando por la otra vía referida.

Esa acreditación de la falta de pago necesaria para ejercitar la acción de regreso contra el falsificador del pagaré se hará por medio del protesto notarial del título (art. 51.I LCCh) que puede ser sustituida en algunos casos por un acto jurídico denominado declaración

³⁸ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil. Tomo II.*, cit. p. 104.

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

equivalente al protesto. Este acto deberá llevarse a efecto dentro de los ocho días hábiles posteriores a la fecha de vencimiento del pagaré⁴¹.

Por tanto, de lo escrito hasta ahora se deduce que la acción de regreso se compone necesariamente de dos presupuestos esenciales: el primero es un presupuesto sustancial consistente, como ya se ha adelantado, en la ausencia de pago del pagaré. El artículo 50 LCCh trata esta cuestión al especificar que el tenedor actual tiene la facultad de “ejercitar su acción de regreso contra los endosantes, el librador, y las demás personas obligadas una vez vencida la letra (pagaré) cuando el pago no se haya efectuado”. El segundo es un presupuesto de carácter formal para la correcta interposición de la acción de regreso siendo éste la exigencia del protesto antes citado -necesario en la acción de regreso, no así en la acción cambiaria directa-⁴².

Es en este procedimiento cambiario en el que, presumiblemente, “*Tu Piel, S.L.*” conseguiría u obtendría el pago de la cuantía debida en concepto de aportación social sin que Don Adrián Gómez pueda escabullirse o evitar el cumplimiento de la obligación contraída con la sociedad limitada, la cual, como se ha podido corroborar, cuenta con una serie de mecanismos o posibilidades en función de los cauces y la tipología jurídica que haya escogido para restituir el quebranto producido.

1.11.- Cesión de créditos

Ya se ha tratado la vía del endoso, presuntamente adoptada a la hora de producirse la transmisión o circulación de un pagaré que cambia de manos en cumplimiento de una obligación social (derecho de sociedades). La última alternativa que va a ser tratada en este escrito es la vía de la cesión de créditos. Esta cesión ordinaria de créditos siempre se mantiene en detrimento o, mejor dicho, en caso de que no se quiera o no sea posible emprender la senda judicial de los procedimientos cambiarios, y se encuentra sometida a las normas del Código Civil (artículos 1526 y siguientes).

La cesión de créditos en el ámbito mercantil está consolidada en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio. El primero de ellos dice lo siguiente: “*Los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia.*

El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciera a éste”.

Asimismo, el segundo precepto citado expresa que: “*El cedente responderá de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión; pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso que así lo declare*”⁴³.

⁴¹ PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, “Lección 46: Los títulos de crédito: el pagaré (II).”, *cit.* pags. 401-402.

⁴² SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil (Tomo II)*. p. 98.

⁴³ Artículos 347 y 348 del Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885, cuya entrada en vigor tiene lugar el 1 de enero de 1886. Esta compilación mercantil sustituye al Código

En el momento en que “*Tu Piel, S.L.*” efectúe el requerimiento de pago al supuesto deudor, “*Construcciones Manolo, S.L.*”, una vez que hubiere tenido lugar la notificación exigida para la transmisión del crédito, éste se opondrá al mismo alegando la inexistencia de una relación comercial con el cedente Don Adrián Gómez. Tras esta actuación, y siguiendo la literalidad del art. 348 del Código de Comercio, el cedente responderá de la legitimidad del crédito. Un crédito que ha resultado inexistente debido a la falsedad del documento mercantil en el que estaba postulado. Por ello, la sociedad podrá actuar contra el aportante ya que el crédito se ha reputado ilegítimo ya que su obtención se deriva de un ilícito penal, en concreto, una falsedad en documento mercantil. En esa actuación contra Adrián Gómez podrá reclamarle la cuantía monetaria inserta en el pagaré.

CUESTIÓN 2

2.- En marzo de 2016 se descubre que, al realizar la construcción de la finca, Don Alejandro invadió 75 m² pertenecientes a la finca colindante.

Argumente jurídicamente si la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” habría adquirido o no la propiedad de dicha franja de terreno y sobre las acciones que el propietario de la finca colindante podría ejercitar. En caso de que la sociedad no hubiese adquirido la propiedad, ¿qué consecuencias se derivarían para Don Alejandro?

2.1-. Acceso normal y acceso invertida

Ese tipo de invasión en terreno ajeno hecha por parte de Don Alejandro Hernández a la hora de realizar la obra (construcción de la nave que se pretende dedicar por parte de la empresa a servicios de almacén) en el año 1995 se engloba dentro de los casos de la acceso normal y de la acceso invertida o construcción extralimitada. La cuestión que se plantea encuentra su correlativa solución jurídica de la mano del Código Civil (artículos 358 y siguientes) así como de la emanación jurisprudencial por la cual se han ideado y desarrollado las figuras citadas.

Una primera idea de la acceso nos la proporciona el artículo 353 CC, al disponer que “*la propiedad de los bienes da derecho por acceso a todo lo que ellos producen , o se les une o incorpora, natural o artificialmente*”⁴⁴. En el marco de este derecho de acceso, concretamente en nuestro Código Civil, aparece sancionado el principio de que lo construido en suelo ajeno se incorpora o pertenece a la propiedad del suelo en el que se ha llevado a cabo la construcción o edificación (el dueño del suelo es, así, dueño de lo que en éste se construya ya que absorbe la propiedad de la cosa accesoria), también conocido como *accessorium sequitur principale* (el principio de que lo accesorio sigue a lo principal). El caso que se trata aquí se asemeja a un supuesto de acceso por

de Comercio promulgado en 1829 (primera compilación mercantil en España), elaborado por el jurista Pedro Sainz de Andino (1786-1863).

⁴⁴ “Tema X: La acceso”, *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, en AA VV, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador). Editorial: Bercal, Madrid 2015. Página 205.

incorporación inmobiliaria (tanto la finca como la nave construida en aquélla son bienes inmuebles) e industrial (la unión accesoria tiene su origen en un hecho del hombre)⁴⁵.

Este principio conocido en la jerga jurídica como “la superficie cede al suelo, en latín, *superficies solo cedit*” o “accesión normal” se encuentra redactado en el artículo 358 del Código Civil: “*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*” y presume, mientras no se demuestre lo contrario, que toda construcción realizada en determinado suelo ha sido llevada a cabo por el propietario del suelo y a su costa. De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico pretende evitar situaciones anormales de copropiedad que, por englobarse dentro de supuestos excepcionales, deberán ser pactadas de forma expresa por las partes involucradas con el fin de ser reconocidas a efectos legales.

Pero para la resolución de la cuestión planteada y para dar una respuesta acertada, adecuada y coherente a la primera de las preguntas que se nos presenta, relativa a quién es el titular de esa franja de terreno de 75 metros cuadrados; más en concreto, a la pregunta de si esa franja pertenece o no a la sociedad “*Tu Piel, S.L.*”, debemos tomar en consideración que, frente al citado principio de la accesión normal, nuestra jurisprudencia (derivada de una primera sentencia innovadora del Tribunal Supremo, STS de 31 de mayo de 1949), al amparo de modernos parámetros forjados sobre la base de una concepción actual del derecho de propiedad y de su contenido social (artículos 33 de la Constitución española y 348 del Código Civil),⁴⁶ ha ideado la figura conocida como accesión invertida en los casos de construcciones extralimitadas (fuera del terreno o predio sobre el que se ostenta el dominio o derecho de propiedad) o, lo que es lo mismo, la situación que se produce cuando el titular de lo construido parcialmente en suelo propio y ajeno se hace dueño del suelo invadido por la construcción en él efectuada, siendo así la construcción lo principal en detrimento de la accesividad en la que se incardinaría el terreno colindante (en total oposición con el principio descrito de la accesión normal).

Con fundamento en el mayor valor que se le otorga a la construcción y en la búsqueda de una solución jurídica beneficiosa para el conjunto social (la preservación de la obra), con esta figura de la accesión invertida, criticada por algunos sectores de la doctrina, [Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, en su obra “*Accesión horizontal en las construcciones extralimitadas (una revisión crítica de la accesión invertida)*”] se tratan de evitar situaciones anormales de copropiedad generadoras de posibles conflictos entre

⁴⁵ AA.VV (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), *cit.* p. 207.

⁴⁶ El artículo 33 de la Constitución española de 1978, perteneciente al Título I, Capítulo II, Sección II consagra de la siguiente manera el núcleo esencial del derecho de propiedad: “1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes*”

A su vez, el artículo 348 del Código Civil de 1889 define en que consiste el derecho de propiedad de la siguiente forma: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.*”

las partes (*litis*), derechos de superficie o incluso la devolución de lo construido. Es decir, su fundamento estriba, por una parte, en el hecho de que es preferible no destruir las cosas para obtener su separación (válido también para la accesión normal) y, por otra, en el entendimiento de que resulta más ventajoso atribuir la propiedad del nuevo objeto al dueño de la finca principal al tratarse de un espacio mucho mayor que la franja de 75m² objeto de invasión que crear una situación de copropiedad⁴⁷.

2.2.- Requisitos de la accesión invertida

En la situación en la que se encuentra Don Alejandro Hernández, cabe ciertamente la posibilidad de que se cumplan todos los requisitos exigidos por los Tribunales de Justicia en su reiterada jurisprudencia acerca de esta cuestión (entre otras, SSTS de 14 de octubre de 2002, 22 de marzo de 1996, 11 de junio de 1993, 24 de enero de 1986) así como en lo referente al respeto de los parámetros dados por los propios preceptos del Código Civil al regular el primer tipo de accesión que se ha tratado en este escrito para entender que se encuentra bajo un supuesto de accesión invertida obteniendo así la propiedad de esa franja de terreno que, ya se anuncia ahora, ulteriormente será propiedad de la sociedad mercantil “*Tu Piel, S.L.*” gracias a la aportación social hecha por Don Alejandro consistente en aportar una finca de 1.000 metros cuadrados con un valor monetario de 10.000 euros. Es conveniente enumerar y enunciar dichos requisitos y extrapolarlos al caso que nos incumbe:

El primero de ellos impone que la construcción debe haberse efectuado en suelo que en parte pertenece al constructor y en parte a una ajeneidad dominical. Es decir, con la construcción debe haberse invadido en parte suelo ajeno y en parte suelo propio.

Este requisito se cumple rigurosamente. Simplemente basta con acudir a la exposición del enunciado aportado para vislumbrar que la invasión en la finca colindante se hizo usurpando 75 metros cuadrados de la misma para la construcción de una nave destinada, según se señala, a almacén de la sociedad de la que pasaría a formar parte más tarde en calidad de socio Don Alejandro Hernández siendo la finca propia de 1.000 metros cuadrados de tamaño el objeto de la aportación social. Por tanto, en la situación física que presenta la construcción se aprecian jurídicamente dos propiedades colindantes bien diferenciadas con titulares distintos.

El segundo requisito indispensable para apreciar un caso de accesión invertida es de naturaleza probatoria: la persona que solicita los beneficios de la accesión invertida (Don Alejandro Hernández) tiene que probar ser titular de la construcción que invade el suelo ajeno.

En este sentido, de la información suministrada en el supuesto se deduce que Don Alejandro Hernández realiza una aportación social no dineraria consistente en entregar a la sociedad mercantil una finca de su propiedad susceptible de valoración económica que debe cubrir el valor nominal de las participaciones sociales que el socio asuma. Hay que concretar que las aportaciones se entienden realizadas a título de propiedad (artículo 60

⁴⁷ Cfr. AA.VV (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), *cit.* p. 197.

de la actual Ley de Sociedades del Capital); de ese entendimiento se deriva la presunción de propiedad de la finca y, de ella, seguidamente, la presunción de propiedad de las construcciones y edificaciones efectuadas en su suelo (art. 353 CC citado anteriormente).⁴⁸

De todo lo dispuesto se llega a la conclusión afirmativa del cumplimiento de este segundo requisito necesario para la apreciación de la accesión invertida.

El requisito número tres decreta que la construcción levantada en suelo propio y ajeno debe formar un todo indivisible.

Debemos volver a acudir a una suposición en el entendimiento que la nave construida es una construcción única, indivisible, no aprovechable de ninguna forma y mediante ningún mecanismo si se procede a su división por partes o separación. Si se sigue este postulado se cumple de modo positivo esta imposición jurisprudencial.

La cuarta condición es que el valor del edificio construido (el valor de la totalidad de lo edificado en ambos suelos) tiene que ser superior al valor de la porción de suelo invadido.

Aunque carecemos de datos concretos que precisen estos términos, se puede inferir de la información que se proporciona lo siguiente: la finca tiene un valor total de 10.000 euros. La construcción de la nave se llevó a cabo en el año 1995. Se establece una relación directa entre el tamaño de la finca y la valoración económica que posee, 1000 metros cuadrados tasados en 10.000 euros dando como resultado la estimación de que cada metro cuadrado del predio tiene un valor de 10 euros. Si se le otorga un valor similar o análogo a la finca colindante debido a que su situación geográfica y condiciones tienen grandes visos de ostentar dicha similitud, y se toman como referencia los escasos 75 metros cuadrados que han sido objeto de usurpación o invasión, se debe concluir que dicha franja de terreno tiene un valor muy inferior al de la nave construida. Por todo ello, se debe entender también cumplido este nuevo requisito.

Por último, existe el requisito que comprende la actuación de buena fe del constructor de la obra invasora, debiendo identificarse la buena fe con la creencia por parte de ese constructor, Don Alejandro Hernández, de que se estaba edificando sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir. Si bien el Tribunal Supremo ha mantenido criterios jurisprudenciales no del todo coincidentes y lineales, la falta o ausencia de oposición del propietario de la finca colindante que padece la invasión constituye un elemento poseedor de una notable relevancia que debe concurrir para formar la convicción de la buena fe en el momento mismo de usurpar el suelo ajeno para construir en él.

Si se traspassa este requisito final a la casuística del supuesto, se aprecian grandes lagunas que se intentarán paliar para apostar afirmativamente por el cumplimiento de dicha condición. Para empezar, y en torno a la cuestión de la buena fe en la actuación de Don

⁴⁸ Artículo 353 del Código Civil de 1889, encuadrado en la disposición general del Capítulo II, Título II del Libro Segundo de dicho cuerpo legal: “*La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente*”.

Alejandro Hernández, hay que partir del principio general que establece la presunción de la buena fe (arts. 433, 434 y 435 CC)⁴⁹. La construcción de la nave tuvo lugar en el año 1995, momento temporal en el cual Don Alejandro ya ostentaba el dominio sobre la finca lo que denota que dicha propiedad es anterior a ese año 1995. Desde 1995 hasta el 2006, año en el cual se realiza la aportación social, y hasta 2016, momento en que se descubre la invasión sobre esa franja de terreno limítrofe, no ha existido ninguna reclamación por parte del propietario de dicho terreno contiguo, lo que muestra un total desconocimiento acerca de la invasión y, por ende, del título o dominio ejercido sobre esa franja.

De los hechos descritos, también se plasma que el aportante Don Alejandro construyó su nave mayoritariamente sobre su predio y absorbió, sin darse cuenta, un espacio muy reducido de terreno en comparación con las dimensiones de su finca y las más que probables dimensiones de la nave construida. Ese escaso espacio usurpado pone de manifiesto la más que probable inexistencia de cualquier intención de apoderamiento ilícito mostrando a las claras el desconocimiento del acto cometido por parte del sujeto referido.

Con los datos disponibles resulta verdaderamente difícil encontrar pruebas, hechos o declaraciones que atestigüen y acrediten la mala fe que se desprendería de la actuación de Don Alejandro Hernández (art. 435 CC) teniendo que ser demostrada por parte del dueño de la finca o terreno colindante (presunción *iuris tantum*⁵⁰).

En consonancia con el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos expuestos anteriormente, el titular de la construcción se convierte en propietario del suelo o terreno ocupado. Ahora bien, la accesión invertida tiene como efecto el derecho del propietario del terreno ocupado a percibir una compensación económica o justa indemnización por parte del constructor, la cual se determinará tomando en consideración la suma del valor del terreno que ha sido objeto de ocupación más el perjuicio (quebranto o menoscabo económico) que la merma o reducción de éste suponga para el resto del predio. Este medio de reparación o indemnización responde al denominado principio de justicia equitativa que opera como uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico. Por contra, la oportuna indemnización no comprende “otros perjuicios derivados de la

⁴⁹ Artículo 433 del Código Civil: “*Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario*”.

Artículo 434 del Código Civil: “*La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba*”.

Por último, el artículo 435 del mismo cuerpo legal declara lo siguiente: “*La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente*”.

⁵⁰ Una presunción *iuris tantum* es aquella que se establece por ley y que admite prueba en contrario, es decir, permite probar la inexistencia de un hecho o derecho, a diferencia de las presunciones *iuris et de iure* de pleno y absoluto derecho, presunción que no admite prueba en contrario, o expresado de otra forma, no es un valor consagrado, absoluto, sino que es un “juicio hipotético”, que puede ser invertido acreditando que un acto es ilegítimo.

Hay que decir que la mayoría de presunciones que se encuentran en derecho son *iuris tantum*.

construcción y apoyados en las expectativas negociales de la posible edificación” (STS de 12 de diciembre de 1995)⁵¹.

2.3.- Legitimación activa

La posición actora en cuanto a la reclamación relativa a la acción de accesión inversa la posee tanto el propietario de la nave invasora (Alejandro Hernández) como el propietario del predio invadido que, presumiblemente, y de forma subsidiaria, procedería a este tipo de reclamación con el fin último de lograr una supuesta indemnización pecuniaria por el perjuicio ocasionado a raíz de dicha invasión u ocupación. Además, dicha acción es apreciable de oficio por los Jueces y Tribunales sin necesidad de alegato a instancia de parte.

2.4.- Acciones que puede ejercitar el propietario de la finca colindante. Acción reivindicatoria y acción de deslinde

En cuanto a la segunda cuestión que se plantea, relativa a las acciones que el propietario de la finca colindante puede ejercitar al verse privado de una porción de terreno sobre la cual ostenta un derecho de dominio que le coloca como titular de dicha franja invadida debemos especificar que, con el objetivo de recuperar dicha propiedad, el propietario del fundo colindante tiene, en primer lugar, la acción reivindicatoria (definida como aquella acción que utiliza el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario que carece de título para poseer conforme a derecho). Este medio jurídico de protección y defensa para los propietarios desposeídos de sus dominios tiene como finalidad esencial el intento de recuperación de la cosa perdida por parte de ese propietario desposeído y, por ende, imponer al poseedor no propietario la obligación de devolución de la franja de terreno invadida. La consagración legal de este instrumento jurídico se encuentra en la redacción que el legislador le ha brindado al artículo 348 de nuestro Código Civil⁵²

Para que los Tribunales de Justicia estimen afirmativamente esta petición se precisa la concurrencia de una serie de requisitos emanados de la jurisprudencia (STS de 28 de agosto de 1999) que se pueden resumir de la siguiente forma:

Primero: se precisa un título de dominio acreditante del derecho de propiedad del actor que demuestre realmente que es el titular legítimo del inmueble.

Segundo: relacionado con la identificación de la cosa que es objeto de la controversia, la cual supone la armonía que debe existir entre lo que se reivindica y la identificación formal que se efectúa en la demanda con base en los títulos aportados al efecto.

Tercero y último: demostrar que el demandado es el actual poseedor ilegítimo del bien cuya posesión es objeto de reclamación judicial. Este es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de la *reivindicatio*.

⁵¹ DE PABLO CONTRERAS, Pedro, “Capítulo II: El objeto de los derechos reales”, en AA VV, *Curso de Derecho Civil (Volumen III). Derechos Reales*, coord. DE PABLO CONTRERAS, Pedro. Editorial: Colex, Madrid 2014. p. 74.

⁵² Véase nota al pie número 46 *in fine*.

Otra acción de la que se podría servir el perjudicado por la invasión de esa franja de terreno es la acción de deslinde definida como aquella acción mediante la cual el propietario de una parcela determinada pretende que se concrete la línea divisoria que separa su fundo del fundo vecino sin entrar en la condición de propietarios de los demás vecinos.

Su correlato legal se encuentra tipificado en el artículo 384 CC que decreta lo siguiente: “*todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad con citación de los dueños colindantes*”. La naturaleza jurídica de esta acción muestra toda su importancia al consagrar la facultad que posee todo propietario de determinar con absoluta precisión los límites que delimitan la extensión de su dominio. Todo ello se une, a su vez, a la correlativa obligación del vecino de permitir que se produzca el ejercicio de tal facultad. En definitiva, su objetivo no es otro que la búsqueda y posterior eliminación de cualquier clase de confusión relativa a la correcta separación de los linderos.

De este modo, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de abril de 1999, la acción de deslinde procede cuando en los límites de los predios hay algún elemento que conduce a una posible confusión, de forma tal que no se pueda tener conocimiento exacto y veraz de la línea que delimita el perímetro de cada una de las propiedades desencadenantes de la *litis*. En idénticos términos se pronuncia la sentencia del Alto Tribunal de 14 de octubre de 1991 especificando que se tiende a dotar de la mayor claridad posible en una linde incierta.

Al igual que sucede con la acción reivindicatoria, esta acción de deslinde presenta ciertos requisitos indispensables para su apreciación:

En primer lugar, la titularidad dominical o el correspondiente título constitutivo del derecho de propiedad o de otro derecho real sobre dicho espacio; y que la respectiva titularidad dominical recaiga sobre predios colindantes. En caso de que no se pruebe la colindancia o contigüidad entre los fondos no hay deslindes.

En segundo lugar, debe existir una identificación correcta de la finca, así como la confusión de linderos en consonancia con reiterada jurisprudencia del TS que consagra este requisito como indispensable para que se pueda proceder al ejercicio de este tipo de acción civil. De ello se deduce que la acción no sería viable cuando los inmuebles se encuentren perfectamente identificados, señalados y delimitados (necesidad de confusión), con la consiguiente destrucción de incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio (STS de 3 de mayo de 2004).

En tercer lugar, y para acabar, es preciso que las partes involucradas ostenten la propiedad de las fincas a deslindar.

Todo lo expuesto con anterioridad permite sacar como conclusión la vital importancia de la confusión como presupuesto operador de la acción de deslinde. Esa confusión debe ser apreciada en el caso concreto ya que la invasión de 75 metros cuadrados de la finca vecina por parte de Don Alejandro Hernández así como del abultado lapso de tiempo sin que

partes involucradas se percatasen de tal incidente –lo que constituye, como se ya se ha expuesto, una prueba casi irrefutable de la buena fe que presidió la actuación de Don Alejandro- acompañado de la falta de demostración de la mala fe en su actuación, hacen presagiar la más que probable y presumible confusión a la que se está haciendo mención en estas líneas en lo referente a la delimitación de las parcelas vecinas.

De las definiciones, naturaleza jurídica y requisitos relativos a las acciones reivindicatoria y de deslinde se pueden ver notables diferencias entre ambos instrumentos propios del Derecho Civil. Vamos a poner sobre la mesa algunas de estas distinciones: el deslinde excluye la contienda acerca de la propiedad, reservada a la acción reivindicatoria y a la declarativa de dominio (Sentencia del TS de 11 de julio de 1988), acción, esta última, “real que tutela el dominio pero se distingue de la reivindicatoria en que no pretende la recuperación de la cosa en el mismo procedimiento, simplemente aspira a lograr una declaración o constatación de la propiedad frente a quien la niega”⁵³; la acción de deslinde no exige prueba absoluta de propiedad y tampoco implica ninguna declaración sobre la misma; la acción de deslinde, al contrario que la reivindicatoria, no puede llevarse a efecto a partir de la identificación del inmueble o cuando éste haya sido cerrado, aunque la identificación o el cerramiento sean erróneos (Sentencia del TS de 20 de junio de 1986); para finalizar con la enumeración de las distinciones entre las dos figuras objeto de tratamiento, decir que con carácter general las operaciones de deslinde no dan ni quitan derechos, mientras no recaiga sentencia en juicio declarativo acerca de la propiedad que corresponda (Sentencia del TS 12 de julio de 1983).

Sin embargo, y con objeción de lo hasta ahora manifestado, conviene añadir que al reivindicar se exige que se acredite la identidad de la cosa fijando su situación, cabida y linderos, habrá supuestos en los que para poder reivindicar se tenga que deslindar primero y ello ha conducido a nuestra jurisprudencia al entendimiento de que la acción de deslinde puede ser ejercitada al mismo tiempo y en el mismo proceso judicial que la *reivindicatio*. Esta acumulabilidad y compatibilidad entre ambas acciones ha sido declarada en un sinnúmero de sentencias.

En el caso que se nos presenta, Don Alejandro Hernández realiza la construcción de una nave en terreno que es en parte de su propiedad y en parte de propiedad ajena en concreto, en los dominios correspondientes al titular de la finca colindante. La invasión de la finca efectuada se presume debida a la ignorancia de la misma que motiva el posible ejercicio por parte del titular del terreno ocupado de una acción de deslinde con el fin de precisar con meridiana claridad los límites de las dos fincas y a su vez ejercitar una acción reivindicatoria de dominio, para que una vez que se haya procedido al deslinde de las fincas se pueda determinar y recuperar la posesión de la porción de terreno reclamada judicialmente.

En conclusión, y para dar por rematada esta cuestión, decir que el propietario afectado podría formular una demanda en la cual ejercite conjuntamente la acción deslinde y la

⁵³ “Tema IX: La defensa de la propiedad”, *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, en AA.VV, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador). Editorial: Bercal, Madrid 2015. p. 194.

acción reivindicatoria debido a la más que presumible existencia de confusión acerca de la delimitación de los linderos necesaria para la recuperación posesoria mediante la *reivindicatio*.

2.5-. Consecuencias jurídicas que se derivan para Don Alejandro si “*Tu Piel, S.L.*” no adquiere la propiedad de la franja de terreno. Saneamiento por evicción

Para finalizar con esta segunda cuestión, y en lo referente a las consecuencias jurídicas que se derivarían para Don Alejandro si la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” no hubiese adquirido la propiedad de la franja de terreno, es necesario acudir a la actual Ley de Sociedades de Capital, ya que la cuestión planteada ocurre en el año 2016 por lo que le resulta de aplicación dicha regulación legislativa vigente en la actualidad. El artículo 64 de dicho texto legal alberga la regulación jurídica de las aportaciones no dinerarias, en concreto, de las aportaciones de bienes muebles e inmuebles especificando que: “*Si la aportación consistiere en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos*”, precepto al que hay que unir lo dispuesto en el art. 1461 CC⁵⁴ dedicado a la consagración de esta obligación de entrega y saneamiento de la cosa por parte del vendedor o transmitente de la misma. Este precepto solapa cualquier laguna que pudiese existir respecto a la cuestión planteada por diversas razones: en primer lugar, por el tipo de aportación efectuada por el aportante Don Alejandro Hernández, consistente en una finca de su propiedad valorada en 10.000 euros es decir, una aportación no dineraria de un bien inmueble; en segundo lugar, el aportante ha incumplido una de sus obligaciones principales respecto a la sociedad, la de entrega o *traditio* de la cosa ya que, a pesar de que ha procedido a la entrega del bien objeto de aportación en su totalidad falta una porción o se ha tenido que proceder a efectuar el pago de una indemnización a la otra parte involucrada en el supuesto de accesión invertida que corresponde al propietario del predio vecino, lo que supone una merma en cuanto a la percepción económica valorable que debía obtener la empresa en virtud del compromiso adquirido por D. Alejandro Hernández, y en consonancia con ella, la obligación de saneamiento de la cosa o saneamiento por evicción cuyo estudio nos remite a las normas del contrato de compraventa civil que regula el Código Civil. Para entender esta segunda obligación es conveniente aportar el significado del concepto de evicción entendiendo por el mismo aquella situación en la que por sentencia judicial (en este caso, la sentencia judicial es la referente a la aceptación de la acción de accesión invertida) se ha despojado al comprador (“*Tu Piel, S.L.*” como persona jurídica receptora de la aportación social) de la cosa que adquirió, en virtud de un derecho que pertenecía a un tercero. Esta definición se corresponde ciertamente con la evicción total pero también puede existir – como se da en el caso – un supuesto de evicción parcial, tal y como señala el artículo 1894 CC: “*hay*

⁵⁴ Artículo 1461 del Código Civil: “*El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta*”.

evicción de la cosa comprada, cuando el comprador es privado de todo o de parte de ella, por sentencia judicial”.

Si se atiende a la remisión que realiza la Ley de Sociedades de Capital en este punto, hay que acudir a la regulación jurídica del contrato de compraventa contenida en nuestro Código Civil en lo referente a las dos obligaciones descritas anteriormente: entrega y saneamiento del bien objeto de la aportación social.

En lo tocante a la obligación de entrega de la cosa vendida (analogía con la aportación social) se debe atender a una serie de preceptos del Código Civil que imponen un conjunto de obligaciones y requisitos que deben ser cumplidos por las partes contratantes. En ese sentido, el artículo 1462 es la clave de bóveda al especificar que: *“Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador.”* Debemos señalar que efectivamente sí que se ha producido la entrega del bien inmueble que es objeto de la aportación no dineraria por lo que debemos centrar nuestra mirada en la obligación de saneamiento que le corresponde al vendedor (aportante) en virtud de las razones y preceptos jurídicos que se verán a continuación: los artículos 1475 y siguientes del Código Civil regulan el saneamiento en caso de evicción. Dicha evicción tendrá lugar, como ya se ha señalado, cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra de todo o parte de la cosa comprada. Al no expresarse nada en el contrato o acuerdo mediante el cual se llega a hacer efectiva la aportación social, el vendedor responderá de dicha evicción. Son capitales para la correcta resolución de la problemática suscitada al final de la cuestión 2 la literalidad de los artículos 1478 y 1479 del Código Civil vigente desde el año 1889. El primero de ellos, el 1478, describe una serie de acciones o facultades que le corresponden al comprador que podrá exigir lo previsto en dicho artículo, pero sólo en proporción a la parte de la cosa que ha perdido por razón de la evicción⁵⁵ habida cuenta de que se asiste a un supuesto de evicción parcial. El contenido exacto del precepto decreta lo siguiente: *“Cuando se haya estipulado el saneamiento o cuando nada se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor:*

1.º La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta.

2.º Los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio.

3.º Las cosas del pleito que haya motivado la evicción, y, en su caso, las del seguido con el vendedor para el saneamiento.

4.º Los gastos del contrato, si los hubiere pagado el comprador.

5.º Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe.”

Pero sin duda alguna, la máxima relevancia para la solución a esta cuestión la aporta el segundo de los preceptos citados, el 1479 CC, que concreta la regulación jurídica relativa al saneamiento por evicción parcial. El contenido inicial del artículo dice: *“Si el comprador perdiere, por efecto de la evicción, una parte de la cosa vendida de tal importancia con relación al todo que sin dicha parte no la hubiera comprado, podrá*

⁵⁵ O’ CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*. Ed: La Ley, Madrid 2008. p. 1541. En referencia al comentario doctrinal acerca del artículo 1478 del Código Civil.

exigir la rescisión del contrato; pero con la obligación de devolver la cosa sin más gravámenes que los que tuviese al adquirirla”.

En este sentido, es evidente que la merma o disminución que sufre la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” en cuanto a la relación existente entre la valoración inicial que se ha fijado para la aportación social de la finca de 1.000 metros cuadrados y valorada en 10.000 euros, sobre la que se construye una nave cuyo destino asignado era la labor de almacén de la empresa, y la posible pérdida de los 75 metros cuadrados al no ser adquiridos por la sociedad resultaría suficiente para que la sociedad declinase la aportación viciada de Don Alejandro Hernández. Esta presunción hace aplicable el contenido del precepto acerca del saneamiento por evicción parcial y tendría como efecto la determinación de la indemnización que Don Alejandro debería abonar a la entidad mercantil por este concepto.

“Este artículo 1479 regula dos supuestos especiales de evicción parcial. La principal cuestión que suscita el artículo es la que plantea la referencia a la rescisión del contrato. Un sector de la doctrina considera que la acción de rescisión a que alude el precepto debe ser referida a los arts. 1290 y ss., DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN señalan la impropiedad de la caracterización por el Código de esta acción como rescisoria, siendo así que debe ser anulatoria (por error). Otros autores estiman que se trata de resolución del contrato por causa sobrevenida (GARCÍA CANTERO, BADENES). Este último autor entiende que el comprador podrá elegir entre la resolución del contrato del art. 1479 o la de evicción parcial al amparo del art. 1475. Una u otra calificación jurídica tiene trascendencia en cuanto al plazo de prescripción, cuatro años, en el caso de la acción rescisoria y de la anulatoria, quince años para el caso de resolución”⁵⁶.

CUESTIÓN 3

3.- En relación a las controversias suscitadas entre D^a Teresa y D^a Soledad, razone jurídicamente la solución que debería darse a las mismas

En el enunciado del supuesto de hecho se describen una serie de acontecimientos, datos y cifras numéricas que dan lugar a tres controversias centrales que se suscitan entre las dos partes contratantes, D^a Teresa, como parte adquirente y aportante de la sociedad “*Tu Piel S.L.*”, y D^a Soledad, que ocupa la posición jurídica de transmitente en el contrato de compraventa del negocio textil rubricado entre ambas y que convierte a Doña Teresa en propietaria del mismo a partir de agosto de 2004.

3.1.- 1º controversia: la factura

La primera de esas controversias tiene que ver con una factura a nombre del establecimiento, presentada al cobro el 23 de diciembre de 2004, es decir, cuando ya se ha producido el cambio subjetivo en la titularidad del negocio. En relación con esa factura, D^a Teresa arguye que la misma se corresponde con el importe pendiente de satisfacer por unas obras en el establecimiento realizadas entre mayo y junio de 2004, las

⁵⁶ “I. Comentarios: artículo 1479”, por GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, en AA VV, *Comentario del Código Civil*, coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. Ed: Bosch, Barcelona 2000. p. 399.

cuales no pensaba pagar ella al entender que el abono debe ser asumido por Doña Soledad, al ser ésta la titular del negocio al tiempo de realización de las obras que motivaron la expedición de dicha factura.

Para resolver adecuadamente esta controversia desde un posicionamiento jurídico hay que partir de la base de que estamos ante un supuesto de determinación de la asunción de obligaciones entre las partes contratantes (vendedora y compradora del negocio textil valorado en 10.000 euros a los efectos de hacer efectiva la aportación social). La regla general es que el adquirente sí se subroga en la posición jurídica del transmitente en lo concerniente a los derechos y obligaciones (como es este caso referido a la asunción de ciertos deberes) que se transmiten con el negocio o establecimiento mercantil (facturas derivadas de contratos de suministro, mantenimiento, obras etc).

Sin embargo, la subrogación del adquirente en la obligación contractual del pago de la factura citada requiere, no sólo la voluntad expresa de las partes contratantes sino también la conformidad o el beneplácito de la persona o personas que hubieran contratado con el sujeto que en ese momento fuese titular el establecimiento mercantil⁵⁷.

Asimismo, se debe añadir que la transmisión del negocio mercantil dedicado al sector textil no implica tampoco la asunción por el adquirente de las deudas que el transmitente hubiese contraído para la organización y/o funcionamiento de dicho establecimiento mercantil.

Para ello, se requeriría aceptación y pacto entre ambas contratantes, así como el consentimiento del acreedor – en este caso, persona física o jurídica que emite la factura – que puede ser simultáneo o ulterior a la transmisión del establecimiento. Todo ello, en consonancia con la doctrina jurisprudencial sobre este punto, sobre la base del artículo 1205 CC⁵⁸

3.2-. 2º controversia: indemnizaciones laborales

La segunda controversia guarda relación con la necesidad de determinar cuál de las dos partes contractuales debe hacerse cargo del pago de las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación de dos trabajadoras que habían sido despedidas en agosto de 2004, justo en el mismo mes en que se hace efectivo el traspaso del negocio y, por ende, el cambio de titularidad. El importe de dichas indemnizaciones asciende a 8.500 euros.

D^a Teresa se niega a abonar dicha cuantía alegando que el contrato de compraventa asignado por las partes se estipuló una cláusula contractual que establecía que “*en caso de que se exija el abono de indemnizaciones a cualquier empleado, las mismas correrán a cargo del transmitente*”, es decir, serán asumidas por Doña Soledad.

Para resolver la pregunta acerca de cuál de las dos mujeres debe hacer frente al pago de esta deuda de carácter laboral, y en cuanto a la cláusula contractual ratificada entre ambas,

⁵⁷ Cf. ÁNGEL ROJO, “Lección 5: El establecimiento mercantil II”, *cit.*, p. 101.

⁵⁸ Artículo 1205 del Código Civil: “*La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*”.

se debe especificar que dicha cláusula en la que se impone a una de las partes, en concreto, al transmitente del negocio (entendido como empresa en sentido objetivo) la obligación de asumir el pago de las eventuales indemnizaciones que haya que abonar a algún empleado del establecimiento deviene nula por la existencia o presencia de una obligación *ex lege*, es decir, impuesta por ministerio de la ley que determina la responsabilidad solidaria⁵⁹ (de origen legal) entre el adquirente y el transmitente frente a posibles pagos o indemnizaciones que tengan derecho a percibir los trabajadores o empleados del negocio; lo cual resulta totalmente opuesto a la imposición contractual que obliga a la transmitente a hacerse cargo de tal tipo de obligación laboral.

Más en concreto, el transmitente y el adquirente responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión *inter vivos* del establecimiento mercantil ya que se trata de un supuesto de sucesión de empresa (art. 44.2 ET)⁶⁰. A este respecto, resulta conveniente acudir al Estatuto de los Trabajadores, concretamente a su artículo 44.3 que señala que “*Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de la Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas*”⁶¹.

Para dotar de eficacia a la aplicación de este precepto, es necesario presumir que dicha obligación correspondiente al mes de agosto de 2004, es anterior a la transmisión del negocio, que se produce en el mismo mes.

3.3.- 3º controversia: disminución de la clientela. Prohibición de hacer competencia

La tercera y última controversia que merece un estudio pormenorizado es la relativa a las quejas aducidas por D^a Teresa con motivo del fuerte descenso en la afluencia de clientela a partir de noviembre de ese año 2004, coincidiendo con la apertura de un nuevo establecimiento en el mismo municipio dedicado a la confección textil, cuya titular era la transmitente del negocio jurídico, Doña Soledad.

A este respecto, dentro de las obligaciones que el vendedor tiene respecto al comprador está la de abstenerse de realizar actos que ocasionen o sean susceptibles de ocasionar una

⁵⁹ La responsabilidad solidaria es aquella que hace referencia a la obligación conjunta sobre una misma obligación de pago. La solidaridad implica que la exigibilidad de dicho pago puede extenderse a otros sujetos distintos del deudor principal en las condiciones definidas por la ley. Este es un supuesto de solidaridad pasiva (responsabilidad solidaria entre los deudores). En ella habrá una relación interna, existente entre las dos deudoras solidarias en virtud de la cual, aquélla que satisfaga íntegramente la obligación de pago podrá repetir contra la otra deudora solidaria mediante la acción de reembolso o regreso, exigiéndole la parte que le corresponda, más los intereses de anticipo (artículo 1145.II CC) y los eventuales gastos extrajudiciales o judiciales en los que haya incurrido.

⁶⁰ Artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores: “*A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*”.

⁶¹ ÁNGEL ROJO., “Lección 5: El establecimiento mercantil II”, *cit.*, p. 104 y 105.

captación de clientela, cosa que se desprende de la información que se proporciona en el enunciado del supuesto práctico descrita en el párrafo anterior.

En definitiva, sobre el vendedor pesa una obligación de no competencia (obligación de no hacer), como medio indirecto para no destruir la organización y clientela que ostentaba en el establecimiento en cuestión.

Sin embargo, es necesario especificar que esta obligación ostenta ciertos límites ya que no se puede eliminar de una forma absoluta las posibilidades de actuación comercial del vendedor. Añadir también que no se informa de ningún pacto o acuerdo incluido en el contrato y que excluya la apreciación de esta obligación negativa del vendedor.

En este caso, se cumplen todos los límites obligacionales (límite objetivo, geográfico y temporal) que impedirían a doña Soledad el ejercicio de esa labor comercial a través de la apertura de un nuevo negocio ubicado en el sector textil. Los tres tipos de límites, que se cumplen en este supuesto de hecho que enfrenta a Doña Teresa contra Doña Soledad, serán explicados y desarrollados a continuación:

Por virtud del límite objetivo, el vendedor no puede ejercer una actividad empresarial o comercial del mismo o análogo género que la que constituye el giro o tráfico del establecimiento enajenado.

Límite geográfico: en virtud de esta segunda limitación o restricción impuesta legalmente, el vendedor no puede abrir un establecimiento mercantil o continuar con la explotación del que ya disponía en el mismo municipio en el que radica el establecimiento enajenado, tal y como ha sucedido con la apertura del negocio por parte de Doña Soledad.

La tercera y definitiva limitación corresponde al ámbito temporal, por virtud de la cual, al no fijar las partes un plazo temporal, en la cuestión de la clientela se establece una prohibición de competencia en el mismo sector comercial o empresarial que tiene un período de duración que se justifica por el transcurso de un tiempo prudencial necesario para que el adquirente (Doña Teresa) asiente su clientela consolidando su posición en el negocio adquirido comprendido como empresa en sentido objetivo. En este sentido, resulta obvio, evidente que de los meses de agosto a noviembre no ha transcurrido dicho tiempo prudencial para que D^a Teresa pueda consolidar la clientela, haya logrado o no posteriormente dicho resultado⁶².

⁶² ÁNGEL ROJO., “Lección 5: El establecimiento mercantil II”, *cit.*, p. 110.

CUESTIÓN 4

4.- Señale las posibilidades que podrían existir para que los acuerdos sociales fuesen declarados nulos, así como los medios de que dispondrían los socios disconformes para actuar contra los administradores.

Para resolver las cuestiones referentes a las posibilidades existentes para declarar nulos los acuerdos sociales y los medios que tendrían a su alcance los socios para actuar contra los administradores por la aprobación de los acuerdos adoptados, es necesario hacer referencia a las mayorías requeridas en la sociedad de responsabilidad limitada para aprobar acuerdos en la junta ordinaria, y también es preciso señalar la regulación existente en relación al derecho de información que poseen los socios de una sociedad de capital (tanto sociedad anónima como limitada).

4.1.- Mayorías exigibles

En la sociedad de responsabilidad limitada, la Ley exige con carácter general para poder adoptar cualquier acuerdo social la existencia de determinadas mayorías en cuanto a los votos emitidos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital de la entidad. Para la aprobación de los acuerdos citados en el enunciado del caso (relativos a la aprobación de las Cuentas Anuales, informe de gestión y aplicación del resultado, y aprobación del Consejo de Administración) se requiere una mayoría ordinaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 198 LSC: *“En la sociedad de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco”*

Al emitir su voto en la junta general ordinaria celebrada el 15 de junio de 2015 la totalidad de los socios que componen el capital de la sociedad (superando con creces la necesaria presencia del 33% de los votos emitidos), y votar tres socios a favor y dos en contra, lo que supone que el 60% del capital social representado estar a favor de la adopción de dichos acuerdos frente al 40% del capital social que ostentan los socios contrarios a su aprobación (más votos a favor que en contra), Don Alejandro y Doña Inmaculada, por lo que se deben entender válidamente acordados en lo que respecta a la necesidad de mayorías y votos emitidos.

4.2.- Derecho de información de los socios

Si se atiende a la cuestión relativa al derecho de información, resulta conveniente señalar que los socios disponen un derecho de información respecto a los asuntos sometidos a decisión de la junta. Este derecho de información faculta a los socios para obtener o recabar los datos que sean que sean necesarios para poder ejercitar ese derecho de forma reflexiva y poseyendo toda la información concierne a lo que es el objeto de la votación y, en general, para poder conocer de primera mano el funcionamiento del ente empresarial. Este derecho encuentra su expresión legal en el artículo 196 LSC.⁶³ En el

⁶³ Artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital: *“1. Los socios de la sociedad de la responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.*

caso expuesto, Don Alejandro y D^a Inmaculada efectúan una solicitud por escrito y con anterioridad a la fecha de celebración de la junta general ordinaria, en concreto, el día 9 de junio de 2015, fecha en la que solicitaban el detalle de las partidas de ingresos que figuran en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2014, la cual forma parte de las cuentas anuales del ejercicio que serán objeto de aprobación por parte de la junta.

Como decimos, el órgano de administración (estructurado como consejo de administración compuesto por tres miembros) tiene que proporcionar dicha información a los socios que la reclamen salvo que consideren que la publicidad de los datos exigidos sea susceptible de perjudicar el interés social, motivo que utilizan los administradores para denegar dicha información. Sin embargo, se debe poner de manifiesto que, en el caso de que la solicitud informativa provenga de socios que representen al menos la cuarta parte del capital social, el órgano de administración no podrá escudarse en la objeción anterior para denegar la entrega de la información requerida (art. 196.3 LSC). Los socios solicitantes de la información haciendo gala de su derecho representan, en conjunto, el 40% del capital social cumpliendo positivamente este requisito de naturaleza cuantitativa.

4.3.- Impugnación de los acuerdos sociales

Este derecho de información vulnerado guarda relación con la posibilidad que tienen los socios de impugnar los acuerdos sociales ya que, derivado de la aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, se ha introducido un supuesto relevante en virtud del cual la vulneración del derecho de información solicitado antes de la celebración de la junta ordinaria de una sociedad de responsabilidad limitada puede ser causa de impugnación de los acuerdos de ésta con la especialidad de que únicamente procederá dicha impugnación cuando la información solicitada se considere esencial para el ejercicio del derecho de voto por parte del socio medio. Ello encuentra defensa en términos legales a través del artículo 204.3 b), cuyo tenor literal expresa lo siguiente: *“Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”*.

Por lo tanto, de todo lo anteriormente descrito, se desprende que la infracción del derecho de información que corresponde a los socios de una sociedad limitada sólo es susceptible de constituir una causa de impugnación y, por ende, de anulación del acuerdo social cuando se trate de información que haya sido pedida con anterioridad a la fecha de celebración de la junta y que, además, esa información resulte esencial para conformar una valoración o reflexión completa por parte del socio a los solos efectos de ejercer su derecho de voto contando con un análisis acerca de las cuestiones que se van a decidir. A *sensu contrario*, si la información se interesó durante la celebración de la junta o, aun solicitándose antes, no es catalogado como esencial en los términos previstos en la norma (concepto jurídico indeterminado), no podrá dar lugar a la impugnación de los acuerdos afectados.

2. El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio de propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social.

3. No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.”

Añadir a este respecto, qué en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, el derecho de información de los socios se ve reforzado al operar no sólo como un derecho de pregunta, sino que también opera como un derecho de inspección que el socio posee sobre los datos, informaciones y actividades desarrolladas por la empresa. De hecho, el artículo 272.3 LSC atribuye a los socios de una sociedad limitada que ostenten al menos el 5% del capital social, y salvo disposición contraria contenida en los estatutos sociales, el derecho a examinar el domicilio social, asistidos por un experto contable, así como el derecho a examinar los documentos que sirvan de soporte y antecedente de las cuentas anuales. A las posibilidades de acceso a la información que tienen los socios ayuda también el contenido del art. 272.2 LSC al establecer qué a partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a debate y aprobación de la misma, así como, en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

De todo lo anterior, se deduce que el órgano de administración de la entidad “*Tu Piel, S.L.*” organizado como Consejo de Administración incumplió la obligación legal de facilitar a los socios la información contable relativa a la cuenta de pérdidas y ganancias que, como se ha dicho anteriormente, forma parte de las cuentas anuales de la empresa considerándose la misma como una información de absoluta relevancia en aras de decidir el voto respecto a la aprobación o no de las cuentas anuales, computándose en esa información que debe ser suministrada a los socios el carácter indiscutible de esencial como presupuesto indispensable para poder hablar de una obligación proveniente de la ley.

Con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada mediante la entrada en vigor de la Ley 31/2014, ya sólo va a existir la impugnación de acuerdos sociales – desapareciendo el binomio “acuerdos nulos y acuerdos anulables” y con ello, las diferencias existentes entre ambos -, que sean contrarios a la Ley, los que se opongan a los estatutos o al reglamento de la sociedad y en último lugar aquellos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1 LSC).

4.4.- Caducidad de la acción de impugnación

En cuanto al plazo de caducidad existente para el ejercicio de esta acción de impugnación, cuestión que también será tratada en otras preguntas de este trabajo, decir que se establece un plazo general de un año. La única excepción que se podría dar sería en relación a la caducidad o prescripción de la acción de impugnación de los acuerdos sociales, es que sean contrarios al orden público, para los cuales se tipifica de manera expresa que dicha acción no prescribe nunca (art.205. 1 y 2 LSC).

4.5.- Legitimación activa

Otra cuestión que será también remarcada en una pregunta posterior de este escrito académico es la relativa a los sujetos que están legitimados para impugnar los acuerdos sociales. Don Alejandro y Doña Inmaculada, en virtud de lo estipulado en el artículo 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital, pueden perfectamente ejercitar dicha acción ya que cumplen con los requisitos señalados en el precepto citado, a saber: ambos han obtenido la condición de socios con anterioridad a la adopción del acuerdo ahora impugnado, y representan, tanto individual como en colectivo, más del 1% del capital social exigido.

En consonancia con todo lo anterior, debemos concluir este apartado aseverando que la actuación del Consejo de Administración presidido por Don Gonzalo de Ulloa declinando

la facilitación de la información requerida en aras a una mayor dotación de datos para los socios con el fin de ejercer su derecho a voto, apoyándose en la supuesta confidencialidad de los datos solicitados así como el posible perjuicio que podría causar al interés de la sociedad su conocimiento por parte de los socios Don Alejandro y Doña Inmaculada, resulta a todas luces improcedente por lo que ambos sujetos estarían legitimados, siguiendo la base argumental y el articulado expuesto arriba, para impugnar dichos acuerdos sociales en los que se les deniega dicha información y se procede a aprobar por mayoría el informe de gestión y las cuentas anuales del ejercicio.

4.6.- Medios de actuación contra los administradores sociales

Otro de los temas centrales de esta cuestión es la referente a los medios existentes para actuar contra los administradores sociales. Hay que recordar que el órgano de administración de “*Tu Piel, S.L.*” se estructura como Consejo de Administración compuesto por un presidente y otros dos miembros más.

En este sentido, los administradores de una sociedad de capital (SL) deben cumplir con todos los deberes y obligaciones que la Ley les exige para el correcto desarrollo y desempeño de sus funciones. Si no fuera así, es decir, si la actuación de los administradores contraviniese dichas normas de carácter imperativo, su patrimonio personal podría verse afectado al exponerse al resarcimiento de los daños eventualmente ocasionados.

Para desarrollar las posibles vías o acciones que existen para ir en contra de los administradores sociales hay que partir de la premisa en virtud de la cual los administradores deben actuar siguiendo los deberes señalados en el artículo 225 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital pudiendo llegar a asumir responsabilidades en caso de incumplimiento de esos deberes cuando ello suponga un daño o perjuicio a la sociedad, afectando indirectamente a los socios o terceros, o lesionando de manera directa los intereses de los anteriores.

Concretando un poco más, hay que señalar que el régimen de responsabilidad de los administradores aparece regulado en los artículos 236 y ss. LSC. Es ese primer precepto, el 236.1 el que establece los presupuestos para que exista dicha responsabilidad por parte de los administradores de la entidad empresarial. Su tenor literal expresa lo siguiente: *“Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.*

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales”.

Siguiendo la opinión doctrinal defendida por Sánchez-Calero Guilarte, llegamos a la conclusión de que para exigir esa responsabilidad a los administradores o, dicho de otro modo, para que los administradores sociales incurran en dicha responsabilidad no basta con que se haya producido un daño, sino que también han de concurrir los requisitos siguientes⁶⁴:

- 1) Que el daño sea padecido por la propia sociedad.

⁶⁴ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. Ed: Aranzadi, Navarra 2013. Pags. 528 y ss.

- 2) Incumplimiento de las obligaciones por parte de los administradores debido a actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos sociales, o por aquellos actos realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo.
- 3) Es necesaria una relación de causalidad entre los dos requisitos anteriores de forma que para poder considerar culpable al administrador es necesario una relación de causa-efecto entre su actuación ilícita y el daño ocasionado.
- 4) Se establece la necesidad de cuantificar económicamente el daño producido por la actuación u omisión del administrador, teniendo que ser probado por parte del actor a la hora de interponer la acción judicial que corresponda para reclamar conforme a derecho.

Cabe también señalar, con el fin de concretar todavía más la responsabilidad en la que pueden incurrir los administradores, que en ningún caso será motivo para la exoneración de responsabilidad por parte de los administradores el hecho de que el acto o el acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general de socios (art. 236.2 LSC).

Tras la exposición de los presupuestos necesarios para la exigencia de responsabilidad a los administradores, toca hablar de la distinción que efectúa la propia Ley de Sociedades de Capital al diferenciar la acción social y la acción individual de responsabilidad, cuya distinción opera según el patrimonio directamente dañado por los actos u omisiones de los administradores sea el de la sociedad o sea el privativo de los socios que forman parte de la misma.

4.7-. La acción social de responsabilidad

La acción social de responsabilidad aparece tipificada en el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital y está pensada para salvaguardar los intereses sociales, lo que exige para su ejercicio la concurrencia de un daño causado a la sociedad. Para el ejercicio de esta acción social de responsabilidad es preciso, de manera ineludible, un acuerdo previo de la junta general, el cual puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, sin que sea necesario que aparezca señalado en el orden del día de la fecha de celebración de dicha junta, y para el mismo es suficiente, tal y como señala el artículo 238.1 LSC, la aprobación por mayoría ordinaria, sin que tenga validez la fijación de una mayoría cualificada en los estatutos sociales.

Con independencia de lo descrito en el párrafo precedente, se prevé también la posibilidad de que sean los socios, en el caso de que la propia sociedad no inste la acción social de responsabilidad, los que estarían en disposición de entablar dicha acción, gracias a la existencia de una legitimación subsidiaria que los faculta para ello. Dicha legitimación la poseen el socio o los socios que ostenten de forma conjunta una participación social que les permita solicitar la convocatoria de la junta general. Todo ello con el fin de proteger el interés de la entidad mercantil, en los siguientes supuestos especificados legalmente, en concreto, en el artículo 239.1 de la Ley de Sociedades de Capital:

El primer supuesto se refiere al hecho de que una vez solicitada la convocatoria de la junta general con la finalidad de decidir sobre el ejercicio de la propia acción de responsabilidad, ésta no fuera convocada por los administradores.

El segundo supuesto se refiere al caso de que la propia sociedad no entable la acción social de responsabilidad en el plazo de un mes a contar desde la fecha de adopción del acuerdo.

En tercer y último lugar, cuando el acuerdo adoptado hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

Si extrapolamos todo lo descrito hasta el momento al caso que nos ocupa, es conveniente precisar que la actuación de los administradores que componen el Consejo de Administración de “*Tu Piel, S.L.*”, denegando la información solicitada por parte de los socios Don Alejandro y Doña Inmaculada acerca del detalle de las partidas de ingresos que figuran – y esto es lo relevante – en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2014 (la cual forma parte de las cuentas anuales de la entidad), constituye una actuación fraudulenta en el desempeño por los administradores de la gestión de la entidad partiendo de la base de que se produjo el alquiler de mitad de la nave sita en la finca propiedad de la sociedad por la irrisoria cantidad de 100 euros mensuales, ostentando la posición jurídica de arrendatario un primo del presidente del Consejo de Administración Don Gonzalo de Ulloa. Del acontecimiento citado se debe convenir que los administradores han desempeñado su cargo obviando el deber de diligencia de un “ordenado empresario”⁶⁵ que, junto con otras obligaciones, preside la labor de administración social.

A mayores de este deber de comportarse al mismo nivel y emplear la diligencia de un ordenado empresario, los administradores sociales están sometidos a un deber de lealtad consagrado en el artículo 227 LSC y que, en este caso, ha sido incumplido por parte de los administradores sociales de “*Tu Piel, S.L.*” ya que no buscan el beneficio o el mejor interés para la sociedad sino complacer o beneficiar a un tercero que, para más inri, es familiar del presidente del órgano de administración. Resulta de especial relevancia, por tanto, la existencia de un conflicto de intereses (art. 229 LSC) que subyace del hecho de que el acto (prohibido) presuntamente perpetrado por los administradores beneficia a un individuo que posee una vinculación con el presidente Don Gonzalo de Ulloa.

Todos los acontecimientos narrados, unidos a la falta de cumplimiento de las obligaciones que han sido detalladas, legitima, como ya se ha expuesto anteriormente, a la propia sociedad para optar por la vía de la interposición de la acción social de responsabilidad como medio para exigir la depuración de responsabilidades de índole mercantil y subsanar los perjuicios o menoscabos que se derivarán de esas actuaciones. Para el ejercicio de esa acción, también se ha especificado claramente la necesidad de que sea promovida por acuerdo de la junta general de socios requiriéndose mayoría ordinaria para su aprobación. La misma tiene un plazo de prescripción de cuatro años que empezarán a contar desde el día en que sea posible ejercitar la acción referida.

Cabe mencionar, a modo de recordatorio, que en el caso de que la acción social de responsabilidad una vez acordada por la junta general no fuera instada por la sociedad, la Ley viene a establecer una legitimación de carácter subsidiario en virtud de la cual estarán capacitados para entablar dicha acción (de forma directa) el socio o socios que posean de forma conjunta una participación que represente el 5% del capital social, dentro de los supuestos reflejados en el art. 239.1 LSC y que ya han sido objeto de mención en párrafos precedentes de este escrito. Ello gracias a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada mediante la entrada en vigor de la Ley 31/2014.

4.8.- Responsabilidad penal

Hay añadir una puntualización muy importante y que reviste un carácter punitivo en el sentido de que la negativa al acceso a la información de los socios Doña Inmaculada y

⁶⁵ Este deber de diligencia, exigido por el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital, funciona tanto como una pauta de conducta como una fuente de obligaciones para los administradores sociales.

Don Alejandro supone, además del incumplimiento de un derecho reconocido en la propia LSC, un hecho que podría ser merecedor de un reproche penal en virtud de lo tipificado en el artículo 293 del Código Penal, cuyo tenor literal expresa lo siguiente: “*Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.*” En definitiva, como se puede comprobar, existe la posibilidad de que los administradores de “*Tu Piel, S.L.*” sean denunciados y condenados por este delito comprendido en el ámbito societario.

CUESTIÓN 5

5.- Determine qué posibilidades tendría un acreedor de “*A tu medida, S.L.*” para cobrar su crédito y contra quién podría dirigirse.

La situación financiera de la anterior entidad mercantil, “*Tu Piel, S.L.*” compuesta en su última etapa por los socios Doña Teresa Medina y Don Daniel López (este último representando socialmente a la empresa a través de su cargo de administrador único) comenzó a ser muy acuciante, provocando el impago de facturas a distintos proveedores y deudores, lo que lleva a ambos socios a tomar la decisión de interrumpir totalmente la actividad comercial de la empresa, sin llevar a cabo ningún trámite al respecto.

Semanas más tarde, ambos sujetos deciden constituir una nueva empresa denominada “*A tu medida, S.L.*”, para intentar invertir su situación económico-financiera y obtener mayores réditos con esta nueva empresa, dedicada al mismo tráfico o actividad comercial que la anterior, es decir, su objeto social es idéntico al de la primera entidad empresarial.

Junto al incumplimiento de pago a proveedores, aparecen otras notas que resultan significativas respecto a los movimientos que están llevando a cabo los dos socios capitalistas, tales como colocar a Doña Teresa Medina en el cargo de administradora única, movimiento que tendría como fin presunto el soslayar u ocultar la posible responsabilidad que se derivaría de la actuación del administrador único de “*Tu Piel, S.L.*”, Don Daniel López; otro aspecto relevante es la contratación de diez empleados con los que ya había contado en la anterior sociedad.

5.1.- Doctrina del levantamiento del velo societario

Los hechos descritos hasta el momento conducirían a los proveedores y acreedores de “*Tu Piel, S.L.*” a optar por la vía judicial para reclamar sus créditos mediante la acción de incumplimiento contractual o incluso, la acción social de responsabilidad si hubiesen llegado a percatarse de la actuación presuntamente fraudulenta del administrador único de la sociedad como representante social, de dirección y gestión de la entidad que ha cesado en su actividad productiva sin llevar a cabo ningún trámite (liquidación, solicitud voluntaria de concurso de acreedores, abono de las deudas pendientes etc).

Es aquí, en la vía judicial, donde los Jueces y Tribunales, a tenor de los acontecimientos relatados y de las vías escogidas por los dos socios de “*A tu medida, S.L.*”, podrían aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, técnica de creación y de aplicación jurisprudencial en nuestro país poseedora de un carácter excepcional que supone una aplicación restrictiva por parte de los Tribunales de Justicia, ya que tiene carácter de *última ratio*.

Esta institución es fundamental en la actualidad y sirve para descubrir (con el objetivo de reprimirlo) el “dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso”⁶⁶ Se pretende, con ello, evitar un perjuicio para los intereses públicos o, como sucede en este caso, privados. Evitar un mal uso de la personalidad jurídica independiente de la que goza una sociedad limitada en un ejercicio antisocial. En definitiva, y a grosso modo, se busca crear una sociedad, o un entramado de las mismas, para eludir las obligaciones de una u otras y para eludir las responsabilidades, sobre todo patrimoniales, con terceros como pudieran ser los acreedores comerciales y las Administraciones Públicas.

Aunque la Ley de Sociedades de Capital establece que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales y, a pesar de que el objetivo primordial del derecho de sociedades y, por ende, de las sociedades de capital es permitir que la desventura de las empresas no alcance el patrimonio de sus socios, lo cierto es que la utilización de esta doctrina del levantamiento del velo societario supone claramente una excepción a este principio general que opera en el derecho mercantil desde la creación de tipos societarios que funcionan para limitar la responsabilidad personal de los sujetos que forman parte de ellos pretendiendo emprender un camino empresarial.

“Por lo que se refiere a la Jurisprudencia española, es la emblemática Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984, la que sienta la tesis general de que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia material, valores consagrados en la Constitución, se decide prudencialmente y según los casos, por aplicar por la vía de la equidad y acogimiento del principio de buena fe, la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades, a las que la Ley les confiere personalidad jurídica propia. Se admite así la posibilidad de que los Tribunales puedan penetrar en el interior de las personas jurídicas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia, en daño ajeno o contra el interés social.”⁶⁷

Fue ésta la primera sentencia que se refirió y aplicó directamente la doctrina del levantamiento del velo en España, forjando cuatro principios esenciales que servirán de guía para su aplicación posterior. Dichos principios son los siguientes: equidad, buena fe, fraude y abuso de derecho.⁶⁸

Es necesario señalar que la doctrina del levantamiento del velo se utiliza cuando se produce el abuso de la personalidad de la sociedad, lo cual se puede producir por diversas circunstancias, por tanto, y en contra de lo que se pudiese pensar en relación al carácter excepcional de esta medida, esas circunstancias son un *numerus apertus*. “La decisión de

⁶⁶ Sentencias de Tribunal Supremo de 28 de enero de 2005, y de 28 de febrero de 2008.

⁶⁷ BUSTABAD LÓPEZ, Ignacio, “La doctrina del levantamiento del velo societario. Análisis comparativo de la jurisprudencia española y anglosajona”, en *Revista de Derecho Mercantil*, año 2015, nº 295. p. 490.

⁶⁸ Cf. HURTADO COBLES, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*. Ed: Atelier, Barcelona 2000. p. 57.

levantar el velo no se puede basar en un solo factor, debiéndose determinar varios, a los que ha de acompañar el elemento de la injusticia.”⁶⁹

Para poder entender la aplicación de esta doctrina de creación jurisprudencial es preciso explicar una de las teorías que la fundamentan, denominada teoría de la instrumentalización. Esta teoría sirve para comprender la función utilitaria que se le atribuye a la nueva entidad creada con un papel subsidiario respecto a la entidad dominante, es decir, la nueva actúa como un mero instrumento respecto a la vieja. Este aspecto se comprueba a través de diversos hechos, tales como el compartir socios, empleados o personas que componen el órgano de administración, aunque ya se ha dicho, en este caso, que ambos socios se han interpuesto en dicha labor con el fin último de aislar cualquier responsabilidad por la que tuviera que responder Don Daniel López debido a la actuación llevada cabo en “*Tu Piel, S.L.*”. Es un hecho revelador de la conveniencia de esta teoría la dedicación de ambas mercantiles al mismo tráfico comercial (misma actividad empresarial a desarrollar) y en el mismo municipio.

A estos hechos se les debe unir la identificación de los elementos fácticos inferidos por los Tribunales españoles, en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1999 procede a levantar el velo societario cuando las sociedades, principal y subsidiaria, comparten administrador único, la nueva sociedad se subroga en la actividad mercantil de la anterior y se produce una transmisión de capital en base a la existencia de una administradora única.⁷⁰

En el mismo sentido, y apuntando esa intención defraudatoria o fraudulenta, ha sido importante la STS 995/2004, de 27 de octubre al señalar los siguientes factores reveladores de esa utilización instrumental para cometer el fraude, entendido como uno de los presupuestos indispensables para la aplicación de la técnica del levantamiento del velo societario. Dicha Sentencia expone que: “la identidad de domicilio de las dos sociedades, la condición de accionista mayoritario de una sobre la otra, la identidad de los demás socios, la unidad de dirección y la calificada como patente confusión de cuentas entre ellas” son factores que evidencian dicha intención. Se detecta que son todos actos fraudulentos dirigidos a perjudicar al demandante o demandantes.

Es momento de centrar toda la atención en el que ya se ha anunciado como uno de los elementos esenciales en este ámbito: el fraude. Este fraude de ley está contemplado en el artículo 6.4 del Código Civil, que reza así: “*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*”

La existencia de los factores citados anteriormente es percibida en ocasiones por los Tribunales como insuficiente para levantar el velo de la persona jurídica y ver su interior o *substratum*, siendo necesario que se demuestre el fraude, es decir, que se demuestre la presencia de una actividad fraudulenta que, de algún modo, real o aparente, fuese generadora de una daño o perjuicio (STS de 7 de junio de 2010)⁷¹. Otras resoluciones del Alto Tribunal van encaminadas en el mismo sentido, rechazando la aplicación de la

⁶⁹ BUSTABAD LÓPEZ. Ignacio, “La doctrina del levantamiento del velo societario. Análisis comparativo de la jurisprudencia española y anglosajona”, *cit.*, p. 493.

⁷⁰ Cf. BUSTABAD LÓPEZ. Ignacio, “La doctrina del levantamiento del velo societario. Análisis comparativo de la jurisprudencia española y anglosajona”, *cit.*, p. 495.

⁷¹ *Ibidem.*, p. 497.

doctrina del levantamiento del velo cuando no concurra una situación de fraude generada para perjudicar los intereses de terceros (SSTS, de 25 de junio de 2010 y de 2 de julio de 2010), cuando no se haya podido acreditar que la sociedad fue creada con la finalidad y propósito de defraudar a sus acreedores y proveedores (STS de 5 de febrero de 1996) y cuando no exista un fraude dirigido a eludir la responsabilidad al amparo de la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad (STS de 23 de noviembre de 1993).

Si extrapolamos el elemento esencial del fraude al caso que nos ocupa, se podrá detectar la concurrencia de diversos factores, citados *supra*, que prueban y revelan esa conducta fraudulenta. El hecho de constituir la nueva empresa, dedicado al mismo sector de actividad, en un lapso de tiempo mínimo con respecto a la anterior en la que no se había efectuado ningún tipo de trámite para cesar correctamente la actividad de la empresa dejando sin abonar las cuantías dinerarias a proveedores y acreedores de la empresa; el cambio producido en el cargo de administrador único entre los dos únicos socios que componen la sociedad limitada con el fin, ya expresado, de hacer olvidar la administración llevada por Don Daniel López poniendo al frente del cargo a Doña Teresa Medina optando por la “política de la tapadera”; la contratación de los diez empleados que ya trabajaban para la anterior empresa.

Todos los actos descritos tienen un común denominador, que no es otro que el intentar producir el resultado de burlar legítimos derechos de terceros, conformando material probatorio bastante para evidenciar y demostrar el fraude.

Junto al fraude opera también la figura del abuso de derecho en el que se ejercita un derecho subjetivo (situación de poder concreto) en forma antisocial desviándose su finalidad y con daño para un tercero (art. 7.2 CC⁷²).

En relación con el ámbito de aplicación y los supuestos en los que se emplea la técnica del levantamiento del velo, es conveniente atender a la confusión de patrimonios o personalidades (los cuales se encuentran estrechamente unidos). Esta confusión dual suele producirse en supuestos en los que dos o más sociedades, principal y subsidiarias, están, como es el caso, compuestas por los mismos titulares o copropietarios, además de poseer ambas, en períodos diferentes, los mismos empleados. En este sentido, cabe destacar que la idéntica titularidad de dos sociedades, así como la identidad de intereses entre ellas no es suficiente, según la jurisprudencia de nuestros tribunales, para apreciar la necesidad de aplicar esta doctrina del levantamiento del velo (STS de 7 de junio de 2010).

A pesar de que esta confusión es un indicio notorio de la conveniencia de aplicar la doctrina citada, como se ha recalado anteriormente, es preciso que dicha figura aparezca unida a otros factores indicadores de la situación fraudulenta y de abuso. Dicho de otra forma, “aunque se acredite la concurrencia del factor de confusión de patrimonios o personalidades, ello no es suficiente, *per se*, para descender el velo de la sociedad y penetrar en su *substratum* personal.”⁷³

⁷² Artículo 7.2 del Código Civil: “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

⁷³ BUSTABAD LÓPEZ. Ignacio, “La doctrina del levantamiento del velo societario. Análisis comparativo de la jurisprudencia española y anglosajona”, *cit.*, pags. 499-500.

Esta confusión a la que se está haciendo alusión ayuda o sirve a los demandados defraudadores a utilizar la sociedad subsidiaria, creada ulteriormente, como una mera pantalla de la otra, valiéndose esta última de la primera para defraudar al demandante o demandantes eludiendo el pago de las deudas contraídas.

La inactividad e insolvencia de la entidad deudora también pudo provocar un supuesto de descapitalización, pudiendo beneficiarse de sus activos “*A tu medida, S.L.*” como entidad subsidiaria o accesorio, ya que ambas tienen idéntico objeto social y esta última ha contratado empleados de la sociedad deudora. De ser demostrado judicialmente, ello supondría que la nueva entidad es la auténtica continuadora de “*Tu Piel, S.L.*”, debiendo responder de sus deudas, en tanto que con maniobra de pantalla utilizada por los dos socios que gestionan ambas empresas se generó, a sabiendas, una operación fraudulenta (en este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006).⁷⁴

Con respecto a la situación en que quedaría la sociedad mercantil que ha servido de instrumento para que sus miembros pudiesen perpetrar ese fraude evadiendo las obligaciones pecuniarias contraídas con terceros, resulta indispensable apuntar que la penetración en la interioridad del ente societario por parte de los órganos judiciales tiene como efecto principal la comunicación de la responsabilidad patrimonial a las personas físicas o socios que integran dicho ente.

Este ataque directo a la responsabilidad personal de los socios o personas que componen el ente utilizado instrumentalmente para cometer el fraude a terceros no tiene como efecto la desaparición o afectación de la entidad mercantil (en el sentido de destruir su existencia o personalidad jurídica). Con ello se evita la desintegración de la personalidad jurídica de la sociedad en cuestión, y se da efectividad al principio de la responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del CC⁷⁵ eliminando la protección que poseían los socios amparados en la limitación de la responsabilidad establecida mediante la consagración legal de las sociedades de capital.

5.2.- Aplicación en los diferentes órdenes jurisdiccionales. Legitimación activa y pasiva

Esta técnica del levantamiento del velo se aplica en procedimientos declarativos excluyéndose por parte de los Jueces y Tribunales en otro tipo de procedimientos, no siendo exclusiva pero sí habitual en el orden jurisdiccional civil ya que también se ha revelado su utilidad en el resto de órdenes jurisdiccionales, como el social, el penal o el contencioso-administrativo.

Como se ha podido comprobar a lo largo del desarrollo explicativo de esta cuestión número 5, su utilidad en la jurisdicción civil viene determinada por constituir una vía de resolución de conflictos entre intereses originados y desarrollados en el ámbito de una relación mercantil.

Asimismo, respecto a la legitimación activa y pasiva es preciso efectuar algunas aclaraciones en orden a concretar qué personas y entes pueden personarse en la causa y contra quiénes pueden dirigirse.

⁷⁴ BUSTABAD LÓPEZ. Ignacio, “La doctrina del levantamiento del velo societario. Análisis comparativo de la jurisprudencia española y anglosajona”, *cit.*, pags. 501-502.

⁷⁵ Artículo 1911 del Código Civil: “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.*”

Con carácter general, se debe poner de manifiesto que estamos ante una técnica que puede ser solicitada por cualquier sujeto con capacidad jurídica y procesal suficiente.

En el caso expuesto, esta pretensión provendrá de la parte actora que ocupará la posición procesal de demandante (proveedores y acreedores de “*A tu medida, S.L.*”), aunque también cabe la posibilidad genérica de que sea ejercitada por la parte demandada en la reconvencción o como excepción al derecho ejercitado en la demanda. Sin embargo, no ostentarán esta legitimación los propios socios que han creado la sociedad con fines fraudulentos (en este caso, Doña Teresa Medina y Don Daniel López).

Una cuestión verdaderamente controvertida es la relativa a la posible aplicación de oficio por parte de los Tribunales de esta técnica sin que las partes personadas en el proceso hayan interesado la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica basándose en que se trata de una cuestión de Derecho y no de mero hecho y apoyándose en el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). Algunas sentencias permiten esta apreciación de oficio, sin embargo, el Tribunal Supremo en alguna de sus resoluciones, así como diversas Audiencias Provinciales han desestimado dicha apreciación.⁷⁶

La legitimación pasiva vendrá otorgada a los socios o a la sociedad dominante que cometen el abuso. Tanto Doña Teresa como Don Daniel ostentaban un alto porcentaje del capital social de las dos mercantiles, habían ocupado el cargo de administrador único, uno en la sociedad dominante, y otra en la sociedad subsidiaria, con lo que estaban al corriente del diseño estructural efectuado para cometer dicho fraude incluso, habían colaborado mutuamente en la consecución del mismo. Ello permitiría a los demandantes ejercitar conjuntamente en la misma demanda la petición de levantar el velo societario y la acción individual de responsabilidad del administrador único con el objetivo de verse totalmente resarcidos por las actuaciones y conductas realizadas por estos sujetos. Aunque hay que añadir que ambas figuras ejercitadas simultáneamente son instituciones que gozan de una absoluta independencia.⁷⁷

5.3.- Aspectos negativos del levantamiento del velo

Para finalizar, y a modo de conclusión, se ha de advertir brevemente algunos de los aspectos negativos de la aplicación de esta técnica del levantamiento del velo, siendo una doctrina de contornos difusos, con formulaciones genéricas e imprecisas dotadas de una terminología imprecisa (generadora de mayor confusión y opacidad) que, a pesar de consagrarse como un instrumento jurídico que debe poseer carácter excepcional, cada vez se está aplicando en más ocasiones por nuestros Tribunales con una disparidad de criterios enorme y una copiosa casuística dentro, por supuesto, del núcleo de esta técnica, consagrado en los cuatro principios nombrados al inicio de esta cuestión número 5.

⁷⁶ Cf. HURTADO COBLES, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, cit., pags. 88-89-90.

⁷⁷ *Ibidem*. pags. 90 a 95.

CUESTIÓN 6

6.- Teniendo en cuenta que los estatutos de “A tu medida, S.L.” no contemplan disposición alguna respecto a la retribución de los administradores, ¿puede percibir D^a Teresa los 2.000 euros mensuales? ¿Qué podría hacer D. Daniel en caso de que dejase de estar de acuerdo con esa retribución?

6.1.- Retribución de los administradores sociales

Con carácter general, se entiende que para que el cargo de administrador (en este caso, administrador único, comprendido como una de las formas de estructura elegida para organizar el órgano de administración de la entidad en virtud de lo dispuesto en el art. 210 LSC) sea retribuido es necesario que así se prevea expresamente en los estatutos de la sociedad limitada ya que la ley presume la gratuidad de la labor desempeñada por los administradores (art. 217.1 LSC).⁷⁸

No es preciso que se concrete la cantidad exacta que debe percibir la administradora. Solamente se requiere la determinación del sistema o sistemas de retribución escogidos. En este caso, el sistema escogido corresponde, como ya se ha citado, a una asignación fija en virtud de lo dispuesto en el artículo 217.2 a) LSC.

Al no preverse nada acerca de la remuneración de la administradora única en los estatutos sociales, Doña Teresa no podría percibir ningún tipo de asignación fija o sueldo por efectuar dicha labor, en concreto, por la llevanza de la política general de la empresa. Esta expresión se engloba dentro de las funciones inherentes a su cargo por lo que no estamos ante un supuesto adicional que comprendería el cobro por parte de la administradora única de retribuciones dinerarias o en especie por la realización de servicios o trabajos distintos a los inherentes a su condición de administradora. Esa diferenciación es la que permitiría percibir esas remuneraciones sin necesidad de que exista una disposición estatutaria expresa que certifique la retribución asignada mediante uno de los diferentes sistemas de retribución que la normativa de sociedades de capital permite en este ámbito (creación jurisprudencial). “Es cierto que, como se ha señalado en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo (STS de 13 de junio de 2012), se reconoce el derecho de retribución de los administradores que han desempeñado funciones directivas pese a la inexistencia de una concreta previsión estatutaria”⁷⁹.

6.2.- Acciones emprendidas por parte de Don Daniel: separación de la administradora única

En cuanto a las acciones o mecanismos que podría utilizar Don Daniel para impedir que se siga produciendo el pago de esta cuantía mensual, que resulta a todas luces irregular, podría optar por la separación de la administradora única.

Los administradores pueden ser separados en cualquier momento del cargo que ostentan por libre decisión de la Junta General (art. 223.1 LSC).⁸⁰

⁷⁸ El artículo 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere a la remuneración de los administradores, especificando que: “*El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración*”.

⁷⁹ SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 10 de septiembre de 2012.

⁸⁰ Artículo 223.1 LSC: “*Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día*”.

Para la aplicación de este principio de libre destitución o de revocabilidad *ad nutum* de los administradores sociales no es preciso invocar causa alguna para dicha destitución⁸¹, lo cual pone de relieve el grado de disponibilidad que tiene la Junta General para decidir sobre la persona o personas (físicas o jurídicas) que pueden ocupar dicho cargo.

Aunque en el caso de las sociedades limitadas es posible la adopción de mayorías reforzadas para fijar el acuerdo de separación de los administradores, con el objetivo de fortalecer la estabilidad del cargo de administrador, en el caso de “*A tu medida S.L.*”, nada se especifica a este respecto, por lo que debe presumirse que no existe ningún pacto o acuerdo de fijación de mayorías exigibles para la adopción de una medida de esta índole. A pesar de ello, por ley se impone la prohibición de que las mayorías exigibles para adoptar el acuerdo de separación de administradores sea superior a dos tercios de los votos que representan las participaciones en que se divide el capital social del ente dedicado al comercio y a la confección textil (art. 223.2 LSC).⁸²

Respecto a la toma de la decisión social consistente en separar a la administradora única, es la Junta General de socios el órgano encargado de adoptar dicho acuerdo. En esta sociedad limitada, sólo hay dos socios que ostentan por mitad la totalidad del capital social, es decir, tanto Daniel como Teresa poseen cada uno el 50% del capital de la sociedad.

Se hace esta referencia con el objetivo de señalar que Doña Teresa ostenta a la vez la posición jurídica de socio junto con el desempeño simultáneo de la labor de administración de la entidad, lo cual está permitido por la Ley de Sociedades de Capital salvo que exista una disposición estatutaria que establezca lo contrario, cosa que no se da en este supuesto de hecho.

El desempeño dual de sendos cargos impide a doña Teresa ejercer su derecho de voto precisamente para decidir sobre su propia separación del puesto de administradora única de la entidad siguiendo lo marcado en el artículo 190.1 c), cuya literalidad sirve para decretar dicha limitación al derecho de voto del socio: “*El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto: liberarle de una obligación o concederle un derecho*”. De este precepto se puede extrapolar, por tanto, una analogía jurídica en el sentido de que el hecho de separar al socio administrador de su cargo supone claramente, liberarle de una obligación dentro del organigrama de la entidad desempeñando las labores propias de su cargo, tales como la llevanza de la gestión cotidiana de la empresa y su representación en las relaciones jurídicas que tenga con terceros.

La decisión de separación de la administradora Doña Teresa quedaría al arbitrio del único socio con capacidad para votar dicha decisión. En definitiva, Don Daniel López no tendría ningún obstáculo o problemática a la hora de tomar esa determinación apartando a Doña Teresa de su cargo y poniendo fin a la retribución que la susodicha ha estado percibiendo desde la constitución de la nueva sociedad.

Barajando más opciones que tendría Don Daniel para lograr su objetivo de acabar con la remuneración que venía percibiendo mes a mes Doña Teresa en el desempeño de su cargo de administradora única de la sociedad limitada “*A tu medida S.L.*”, se debe desechar el

⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier Y IGLESIAS PRADA, Juan Luis, “Lección 22: Los órganos sociales de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 485.

⁸² Artículo 223.2 LSC: “*En la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social*”.

ejercicio de la acción social de responsabilidad que está pensada para los casos en que la labor o el desempeño de sus funciones por parte de la administradora busque causar un perjuicio o menoscabo a la sociedad que representa, ya sea patrimonial o ya suponga minar su reputación en el mercado. Sin embargo, en el supuesto de hecho descrito no se percibe ninguna actuación por parte de Doña Teresa que tenga esos fines contrarios a la buena marcha de la entidad comercial.

6.3-. Acciones emprendidas por parte de Don Daniel: impugnación del acuerdo social

La última opción que se debe mencionar, y que sí resulta adecuada para dar una solución a la problemática de Don Daniel, es ir por la vía de la impugnación del acuerdo social que se tuvo que establecer en algún momento para que Doña Teresa pudiese percibir una remuneración económica que ascendía a 2.000 euros mensuales. Aunque ha de tenerse en cuenta, que esa decisión pudo adoptarse de forma unánime por parte de Doña Teresa habida cuenta de la sola presencia de dos socios (ella y Don Daniel López) que ostentan la totalidad del capital social de “*A tu medida, S.L.*”.

Para la impugnación de acuerdos sociales se debe atender a lo estipulado en los artículos 204 a 208 de la Ley de Sociedades de Capital, los cuales resultan aplicables tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades limitadas teniendo, por tanto, un mismo régimen y las mismas causas de aplicación.

El artículo 204, en su apartado primero dice que “*son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley*”. Esta aseveración coincide totalmente con lo sucedido en el caso ya que se lleva a cabo la aprobación de un sistema de remuneración que no está fijado expresamente en los estatutos sociales por lo que es contrario a lo impuesto por la Ley (art. 217 LSC), añadiendo que la remuneración percibida se obtiene por la llevanza de la gestión de la política general de la empresa, expresión que concuerda perfectamente con las funciones propias del cargo de administrador, y que, como se ha explicitado, debe señalarse expresamente en los estatutos para validar esa retribución siendo, en caso contrario, opuesta a lo dictaminado por la Ley. En definitiva, el caso se puede subsumir en el artículo 204.1 LSC⁸³ para los supuestos en que cabe la impugnación de acuerdos sociales ya que contravienen un mandato imperativo de la ley en relación con el contenido de la decisión adoptada.

En cuanto a las personas que están legitimadas para presentar la demanda de impugnación de acuerdos sociales, según señala el artículo 206.1 LSC, entre ellas se encuentra la figura del socio que hubiera adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que represente, individual o colectivamente, al menos el uno por ciento del capital social. En este caso, Don Daniel cumple todos los requisitos legales para impugnar dicho acuerdo, ya que ostentaba la condición de socio antes de aprobación, en concreto, desde la constitución inicial de la nueva sociedad dedicada al comercio y confección textil. También posee más del uno por ciento del capital social, en concreto el 50% de las participaciones sociales. A mayores, debe indicarse que, aunque Don Daniel se hubiese postulado a favor del acuerdo, no tiene por ello ninguna prohibición o limitación a la hora de emprender la acción legal referida consistente en presentar una demanda solicitando la impugnación de un acuerdo social.

⁸³ Artículo 204.1 LSC: “*Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”.

El plazo de caducidad de la acción de impugnación es de un año comprendido desde la fecha en que se hubiere adoptado dicho acuerdo. (art. 205.1 y 2 LSC).

También conviene realizar un breve comentario acerca de las normas procesales que presiden esta acción ya que “desde el punto de vista procesal, las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales se tramitan siguiendo las reglas del juicio ordinario (art. 207 LSC; art. 249.3º LEC).”⁸⁴

Finalmente, el artículo 208.1 LSC dispone que: “*La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto*”.

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier Y IGLESIAS PRADA, Juan Luis, “Lección 22: Los órganos sociales de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 482.

CONCLUSIONES

CUESTIÓN 1

Se ha tratado, en primer lugar, las consecuencias jurídicas de la conducta del socio Don Adrián Gómez, quien podría ser acusado por la comisión de un delito de falsedad en documento mercantil y un delito de estafa, ambos hechos punibles se encuentran tipificados en el CP. El proceso se resolvería a través de un concurso medial de delitos.

En el terreno mercantil, la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” podría exigir la realidad de la aportación social habida cuenta de que el pagaré no contenía el derecho de crédito objeto de la aportación. Ello conlleva una responsabilidad patrimonial en virtud de lo establecido en el art. 21.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (ya derogada). Además, si se entiende que se ha producido en endoso (circulación del pagaré falso), se podría ejercitar una acción cambiaria contra el firmante del pagaré o endosante (posición, esta última, ocupada por Don Adrián Gómez). Si se presume que ha existido una cesión de créditos, cabría exigir por la vía civil la realidad del mismo.

CUESTIÓN 2

La sociedad “*Tu Piel, S.L.*” sí adquirió la propiedad de dicha franja de terreno en virtud de la aplicación de la accesión invertida (cumplimiento en el supuesto de todos los requisitos establecidos por la jurisprudencia) a través de la cual el aportante y anterior titular de la finca, Don Alejandro Hernández se hace dueño de esa franja de terreno que ocupó en 1995 tras realizar la construcción de una nave destinada a almacén. En ese supuesto, el propietario del terreno usurpado tendría el derecho a reclamar una indemnización por la pérdida sufrida.

Asimismo, el dueño de la finca invadida podría formular una demanda mediante la cual ejercite conjuntamente la acción de deslinde y la acción reivindicatoria para determinar fielmente los límites del terreno (existencia de confusión) para poder reivindicarla ulteriormente.

CUESTIÓN 3

Se suscitan tres controversias jurídicas fundamentales entre las partes contratantes en el contrato de compraventa de establecimiento mercantil:

La primera controversia guarda relación con el abono de una factura a cargo de la entidad para cuyo pago no se subroga Doña Teresa ya que no puede asumir ese tipo de deudas al no existir un acuerdo de voluntades entre adquirente y transmitente en esa línea y, además, se requiere la conformidad del acreedor o acreedores para que tal subrogación en la asunción de las deudas pueda producirse. Por todo ello, Doña Teresa estará obligada a pagar las cuantías dinerarias por ese concepto.

La segunda encuentra solución afirmando la nulidad de la cláusula contractual que imponía el pago de las indemnizaciones laborales y los salarios de tramitación a una de las partes. Por disposición legal (artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores) se determina que ambas mujeres responderán solidariamente del pago de estos conceptos indemnizatorios.

La tercera y última controversia jurídica se produce por el incumplimiento o la vulneración de la obligación de no competencia (se percibe el incumplimiento de todos

los límites de esta obligación: objetivo, geográfico y temporal) que tiene la anterior propietaria del establecimiento. Esta actuación conllevaría que Doña Soledad fuese demandada por Doña Teresa por este incumplimiento perpetrado mediante la apertura de un nuevo establecimiento, dedicado al mismo objeto o tráfico mercantil, en el mismo municipio, y sin guardar el tiempo prudencial para que Doña Teresa tenga la oportunidad de consolidar su clientela.

CUESTIÓN 4

Esta cuestión se resuelve declarando que la solicitud de información demandada por los socios Don Alejandro y Doña Inmaculada no fue debidamente atendida por el Consejo de Administración presidido por Don Gonzalo de Ulloa ya que ambos socios ostentaban más del porcentaje mínimo exigido para tener derecho a la información solicitada, la cual no posee el carácter de secreto o confidencial a efectos de la buena gestión de la empresa por lo que el Consejo de Administración no podría denegarla.

Los dos socios estarían legitimados para impugnar los acuerdos sociales que fueron aprobados en la junta ordinaria celebrada en fecha 15 de junio de 2015 con fundamento en la denegación de una información esencial para conocer la marcha de la empresa, ver las cuentas anuales etc.

Respecto a los medios de que dispondrían los socios disconformes para actuar contra los administradores sociales, cabría la posibilidad de interponer una acción social de responsabilidad consagrada en la Ley de Sociedades de Capital. Se aprecia también la más que evidente existencia de un delito societario estipulado en el artículo 293 del Código Penal.

CUESTIÓN 5

La creación por parte de Doña Teresa y de Don Daniel de constituir una nueva sociedad sin realizar ningún trámite sobre la anterior a efectos de subsanar sus deudas, instar una declaración voluntaria de concurso o proceder a la liquidación y disolución de la misma, denota la intención fraudulenta de ambos socios cuyo descubrimiento exige la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, técnica utilizada por los Tribunales de Justicia, lo que permitiría a los acreedores recuperar sus créditos e ir contra ambos socios. La sociedad “A tu medida, S.L.” se erige como una sociedad pantalla o dominada por los socios para eludir el pago de sus deudas por lo que serían éstos los que responderían personalmente (art. 1911 CC en detrimento del principio de la limitación de la responsabilidad personal gracias a la naturaleza jurídica de las sociedades de capital) de esa actuación fraudulenta y del abuso de derecho, sin que todo ello afecte a la personalidad jurídica de la sociedad.

CUESTIÓN 6

La inexistencia de una previsión acerca de la retribución de la administradora única en los estatutos sociales conlleva que Doña Teresa no esté legitimada para percibir dicha remuneración pecuniaria, ya que la llevanza de la gestión de la política general de la empresa constituye una labor inherente a las funciones propias del cargo de administrador social, lo que resulta totalmente incompatible con la percepción de una retribución.

Don Daniel podría optar por impugnar el acuerdo mediante el cual se hubiera fijado esa retribución no permitida o, podría acudir a la vía de la separación de la administradora única de su cargo.

FUENTES

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal (CP).

Real Decreto de 24 de julio por el que se publica el Código Civil (CC).

Constitución española de 1978 (CE).

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (CdC).

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

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL).

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)

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

JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 13 de junio de 2012.

STS de 29 de junio de 2006.

STS de 7 de junio de 2010.

STS de 23 de noviembre de 1993.

STS de 5 de febrero de 1996.

STS de 25 de junio de 2010.

STS de 2 de julio de 2010.

STS de 27 de octubre de 2004.

STS de 26 de abril de 1999.

STS de 28 de enero de 2005.

STS de 28 de febrero de 2008.

STS de 28 de mayo de 1984.

STS de 12 de julio de 1983.

STS de 20 de junio de 1986.

STS de 11 de julio de 1988.

STS de 3 de mayo de 2004.

STS de 14 de octubre de 1991.

STS de 3 de abril de 1999.

STS de 28 de agosto de 1999.

STS de 12 de diciembre de 1995.

STS de 14 de octubre de 2002.

STS de 22 de marzo de 1996.

STS de 11 de junio de 1993.

STS de 24 de enero de 1986.

STS de 31 mayo de 1949.

STS de 17 de abril de 2015.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LEDESMA, BONARDELL LENZANO, CABANAS TREJO, GALLEGO SÁNCHEZ Y VÁZQUEZ GARCÍA, “Aportación no dineraria SRL”, en AA VV, *Diccionario de Sociedades*, director. ALONSO LEDESMA, Carmen. Ed: Iustel, Madrid 2006.

ÁNGEL ROJO, Lección 5: “El establecimiento mercantil”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, directores. AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO, coord. MARÍA LUISA APARICIO. Ed: Aranzadi, Cizur Menor 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Tema X: “La accesión” y Tema XI: “La defensa de la propiedad”, en AA VV, *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. Ed: Bercal, Madrid 2015.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, Lección XXXVI: “Falsedades, con especial referencia a la falsedad documental”, en AA VV, *Derecho Penal. Parte Especial*, coord. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Ed: Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

BUSTABAD LÓPEZ, Ignacio, “La doctrina del levantamiento del velo societario. Análisis comparativo de la jurisprudencia española y anglosajona”, en *Revista de Derecho Mercantil*, año 2015, nº 295.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, Capítulo II: “El objeto de los derechos reales”, en AA VV, *Curso de Derecho Civil (Volumen III). Derechos Reales*, coord. DE PABLO CONTRERAS, Pedro. Ed: Colex, Madrid 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier Y IGLESIAS PRADA, Juan Luis, Lección 22: “Los órganos sociales de las sociedades de capital”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, directores. AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO, coord. MARÍA LUISA APARICIO. Ed: Aranzadi, Cizur Menor 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Lección XXIII: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, en AA VV, *Derecho Penal. Parte Especial*, coord. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Ed: Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “I. Comentarios: artículo 1479”, en AA VV, *Comentario del Código Civil*, coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. Ed: Bosch, Barcelona 2000.

HURTADO COBLES, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*. Ed: Atelier, Barcelona 2000.

O’ CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*. Ed: La Ley, Madrid 2008.

PASTOR MUÑOZ, Nuria Y COCA VILA, Ivó, Tema 11: “Delitos contra el patrimonio (II)”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, director. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, coord. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Ed: Ateher, 2015.

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, Lección 45: “Los títulos de crédito: el pagaré (I)” y Lección 46: “El pagaré (II). La letra de cambio”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, directores. AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO, coord. MARÍA LUISA APARICIO. Ed: Aranzadi, Cizur Menor 2015.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, edición revisada por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Principios de Derecho Mercantil. Tomo II*. Ed: Aranzadi, Cizur Menor 2015.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. Ed: Aranzadi, Navarra 2013.

