



Universidade da Coruña

# **Caso n.º1 La constitución de una sociedad mercantil dedicada a la peletería**

Trabajo de Fin de Grado -Facultad de Derecho (curso 2015-2016)

Tutor:  
Prof.Dr. Oscar Vergara Lacalle

Alumna:  
Xisela Díaz García

## Contenido

Abreviaturas.....	3
Introducción.....	4
Capítulo 1. Aportación de un pagaré.....	5
I. Introducción.....	5
1.1. Pagaré.....	5
II. Responsabilidad civil.....	6
III. Responsabilidad penal.....	7
1. Falsedad documental en documento mercantil.....	7
2. Estafa.....	10
3. Concurso medial entre estafa agravada y falsedad documental.....	11
IV. Cuestiones procesales.....	12
V. Recapitulación.....	12
Capítulo 2. Aportación de una finca.....	13
I. Introducción.....	13
II. Propiedad de la franja de terreno invadido.....	13
III. Acciones del dueño del terreno colindante.....	15
1. Acción reivindicatoria.....	15
2. Acción de deslinde.....	16
IV. Consecuencias de la no adquisición de la propiedad de la franja por parte de la sociedad para don Alejandro.....	17
V. Cuestiones procesales.....	18
VI. Recapitulación.....	18
Capítulo 3. Compraventa de un negocio.....	19
I. Introducción.....	19
II. Deuda derivada de la obra.....	19
III. Deudas laborales.....	20
IV. Descenso de la clientela.....	22
V. Recapitulación.....	25
Capítulo 4. Denegación del derecho de información.....	26
I. Introducción.....	26
II. Impugnación del acuerdo social.....	26
1. Acuerdo contrario a la ley.....	26
2. Acuerdo lesivo para el interés social.....	29
3. Acuerdo contrario al orden público.....	29
4. Cuestiones procesales.....	30
III. Medidas frente a los administradores.....	30
1. Vía civil.....	30
2. Vía penal.....	32

3. Cuestiones procesales.....	33
IV. Recapitulación.....	33
Capítulo 5. Reclamación de crédito.....	34
I. Introducción.....	34
II. Vía extrajudicial.....	34
III. Vías judiciales.....	35
1. Juicio cambiario.....	35
2. Juicio monitorio.....	36
3. Juicio verbal.....	37
4. Juicio ordinario.....	37
5. Proceso de ejecución civil.....	38
IV. Sujetos responsables de la deuda.....	38
V. Recapitulación.....	39
Capítulo 6. Retribución de la administradora.....	40
I. Introducción.....	40
II. Procedencia de la retribución de doña Teresa.....	40
III. Medidas contra la administradora.....	43
1. Deber de lealtad.....	43
2. Acción social.....	44
3. Acción restitutoria.....	45
IV. Cuestiones procesales.....	46
V. Recapitulación.....	46
Conclusiones.....	47
Fuentes.....	48
Legislación aplicable.....	48
Jurisprudencia.....	48
Bibliografía.....	50
Anexo 1.....	51
Anexo 2.....	54
Anexo 3.....	55
Anexo 4.....	58
Anexo 5.....	59

## Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
ATS	Auto del Tribunal Supremo
Cc	Código Civil
Ccom	Código de Comercio.
CP	Código Penal.
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariado.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
LCChe	Ley Cambiaría y del Cheque.
LDC	Ley de Defensa de la Competencia.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LSA	Ley de Sociedades Anónimas.
LSC	Ley de Sociedades de Capital.
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
SAP	Sentencia Audiencia Provincial.
SL	Sociedad Limitada.
STS	Sentencia Tribunal Supremo.
TJUE	Tribunal de Justicia de Unión europea
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

## Introducción

En el presente trabajo se va a dar respuesta a las cuestiones que se plantean en torno a dos sociedades limitadas, relativas estas tanto al momento de formación de la sociedad como cuestiones que surgen ya en la práctica diaria de tales entes mercantiles. Así a lo largo de los seis capítulos que forman este trabajo se dará solución a los interrogantes planteados.

En lo referente a la legislación aplicable para la resolución de las controversias suscitadas, fue necesario acudir a los textos legales vigentes en el momento en que se produjeron los hechos detonantes de tales conflictos, teniendo que acudirse, en determinados capítulos, a legislación hoy en día derogada, como son la LSRL o la LSA.

En el supuesto se tuvo que atender no solo al ámbito del derecho mercantil, sino a otros ámbitos como el penal o el civil. Respecto a la aplicación del derecho penal esto fue necesario porque nos hallamos ante un delito cometido a través de una de las aportaciones realizadas a la sociedad. En lo referente al ámbito civil este es necesario porque parte de la legislación mercantil se remite al Cc, como es el supuesto del saneamiento por evicción. De este modo se observa como en el ámbito jurídico de una sociedad no solo se producen hechos que deban ser resueltos mediante la aplicación de leyes mercantiles.

Para dar un dictamen a lo que se plantea en el supuesto se tuvo que atender no solo a lo establecido en la legislación, sino también a su interpretación judicial. El problema que se planteó en torno a su búsqueda fue respecto de la nueva redacción reguladora de las sociedades de capital. Pues esta normativa apenas lleva un año vigente con la consiguiente consecuencia de que no existen muchas sentencias que resuelvan con base en ella. Para intentar solventar esta cuestión en la medida de lo posible se atendió a lo que establecía la jurisprudencia en torno a la anterior redacción de la LSC.

Las respuestas que se dieron se hicieron todas ellas atendiendo a los datos aportados al supuesto sin entrar en divagaciones respecto de la existencia de actos que no están demostrados. Así que basándose en los datos aportados se fue dando solución a los problemas surgidos en la Sociedad objeto del caso.

Las cuestiones procesales sobre competencia judicial también han sido abordadas. Se ha considerado que esto era imprescindible para dar una respuesta a las cuestiones sustantivas.

Respecto a los hechos que sirven de base para las cuestiones se fueron exponiendo de forma simplificada en relación con cada cuestión. Se procede a adjuntar al final del presente trabajo un relato más extenso sobre tales hechos. Así como estableciéndose las preguntas concretas que se plantean.<sup>1</sup>

En conclusión, se ofreció la respuesta que parecía encajar mejor dentro del supuesto. Ello sin perjuicio de que puedan existir otras que también sean acordes al supuesto, pero que por falta de datos o bien por dudas acerca de su aplicación se descartó su aplicación.

---

<sup>1</sup> Véase anexo 1.

## Capítulo 1. Aportación de un pagaré

### I. Introducción

Los hechos en relación con esta pregunta son los siguientes. Don Adrián Gómez aportó un pagaré por valor de diez mil euros como aportación no dineraria para la creación de la empresa "Tu Piel S.L" librado por "Construcciones Manolo SL". A la fecha de vencimiento esa empresa se niega a hacer frente al pago. Pues esta expresa que no expidió ese documento. Además, queda probado que la firma y el sello de ese título valor eran falsos.

La cuestión planteada es determinar las consecuencias jurídicas para la conducta de este socio. En respuesta a esta nos hallamos con dos tipos de consecuencias. Una responsabilidad de carácter penal y otra civil. Respecto a la penal se podría calificar como autor de un concurso medial entre falsedad documental y estafa agravada. En cuanto a la civil, responderá frente a la sociedad de la aportación de tal crédito.

Respecto a la legislación aplicable debemos de atender a la normativa en vigor a fecha de 2006. Se considera que el dictamen sobre la cuestión se debe exponer atendiendo a la fecha en que se descubre tal falsedad. Por tanto, respecto a la legislación de sociedades se aplicará la LSRL. En cuanto al CP, se aplicará la redacción vigente en el año 2006.

Antes de proceder a explicar cada una de las responsabilidades se analizará que es el pagaré. Ello se cree necesario para poder exponer con mayor claridad el fundamento del dictamen dado.

#### 1.1. Pagaré

El pagaré<sup>2</sup> se puede definir como un título valor por el que una persona, denominada firmante, se obliga a pagar a otra, una cantidad determinada de dinero en una fecha y un lugar determinados. Se trata de una promesa simple y pura de pago a la que queda vinculado el firmante y emisor del pagaré. Se trata de un título valor formal, que para su validez necesita reunir una serie de requisitos esenciales que vienen recogidos en la LCChE en su artículo 94.

El pagaré deberá contener:

1. ° La denominación de pagaré inserta en el mismo título y expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título.
2. ° La promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada.
3. ° La indicación del vencimiento.
4. ° El lugar en que el pago haya de efectuarse.
5. ° El nombre de la persona a quien haya hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar.
6. ° La fecha y el lugar en que se firme el pagaré.
7. ° La firma del que emite el título, denominado firmante.

En cuanto a los elementos personales según se extrae de la LCChE, nos encontramos con distintas figuras jurídicas intervinientes en el pagaré. Entre ellas el firmante, tenedor y endosante. El firmante o emisor es la persona que emite el pagaré, obligándose a su pago. El tenedor es el titular del crédito que representa el pagaré. Por último, el endosante es quien siendo tenedor transmite este

---

<sup>2</sup> Modelo de pagaré anexo 2.

título a un tercero.

El legislador en el artículo 95 de la citada ley, señala que el título que carezca de alguno de los requisitos que se indican en el precepto anterior no se considerará pagaré. Esto implica que los requisitos anteriores son esenciales respecto a este documento.

Expuesto el pagaré comenzaremos a fundamentar el dictamen dado. En primer lugar, veremos la responsabilidad civil. Finalizando con la responsabilidad penal.

## **II. Responsabilidad civil**

Para que nazca la responsabilidad por el crédito aportado es necesario que este sea exigible. El crédito establecido en un pagaré será exigible cuando llegue a su fecha de vencimiento. Llegada tal fecha podrá ser presentado al cobro, según se extrae del capítulo V y VI de la LCChe. De este modo el aportante solo será responsable cuando se pueda proceder al cobro. En el supuesto tal vencimiento ya se produjo por tanto podría ser exigido. Surge de este modo la responsabilidad frente la sociedad por tal crédito por parte de don Adrián. Esto derivado de que la sociedad deudora se negó a efectuar el pago.

La sociedad deudora “Construcciones Manolo SL” se negó a hacer frente al pago alegando la inexistencia de tal relación entre don Adrián y esta. La excepción que opone para no hacer frente al pago tiene la consideración de personal. No se puede oponer frente al tenedor actual las excepciones que se basen en las relaciones personales con el primer tenedor, tal y como establece el artículo 67 LCChe. Únicamente pudiendo ser interpuestas las establecidas en el apartado segundo del citado precepto. Así, la sociedad deudora podrá alegar que la firma es falsa para no efectuar el pago.

Ante esta situación, “A Tu Piel SL” podría ejercer una acción cambiaria de regreso contra el endosante, en este caso don Adrián. Esta se podrá interponer cuando el pago no se haya efectuado tras el vencimiento del pagaré por parte del librador. De tal forma que la sociedad podría reclamar la cantidad a don Adrián por la negación del pago efectuada por “Construcciones Manolo SL”. Tal y como viene recogido en los artículos 49 y 50 LCChe. Para el ejercicio de tal acción se seguirá el procedimiento especial de juicio cambiario, recogido en la LEC.

Además de esta acción, existe un régimen especial dentro del ámbito societario, cuando la aportación sea un crédito. Este régimen para la SL viene establecido en el artículo 20 de la LSRL con remisión al artículo 39 de la LSA. Lo que se establece es que el aportante de tal derecho deberá responder porque este sea legítimo y por la solvencia del deudor.<sup>3</sup> Esta garantía relativa a la existencia y legitimidad del crédito significa que el aportante responde de la realidad del crédito y de que el mismo le pertenece, teniendo la libre facultad de transmitirlo. Viniendo esta encaminada a exigir el efectivo desembolso del valor de las participaciones de las que es titular.

La doctrina jurídica entiende que la responsabilidad del aportante por el derecho de crédito puede constituir a su vez un supuesto de responsabilidad del artículo 21 LSRL. Esta última es la relativa a la falta de realidad o valoración de la aportación *in natura*. Por tanto, la sociedad podrá exigir tanto la responsabilidad por la falta de realidad como la que propiamente se establece en caso de aportación de un crédito, del artículo 20 LSRL.<sup>4</sup>

La responsabilidad del artículo 21 surge cuando en la escritura de constitución de la sociedad se recogen aportaciones *in natura* que en verdad no se realizaron. El régimen que establece este artículo se aplicará en los casos donde se produjo una incompleta integración del capital social. Dentro de este precepto se recogen dos supuestos donde se aplicarán las

<sup>3</sup> LA CASA GARCIA, R, *Responsabilidad y aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada*, Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 104-106.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pág. 99.

consecuencias de este. Así los supuestos de hecho serán la falta de realidad y la valoración incorrecta de las aportaciones no dinerarias.

Una aportación se incardinará dentro del supuesto de falta de realidad cuando su objeto no haya ingresado dentro del patrimonio, predicándose entonces que es ficticio o simulado. Más concretamente se sostiene que una aportación será irreal siempre que su objeto sea inexistente. Dentro de este supuesto se incluirán aquellas aportaciones que son absolutamente simuladas, poseyendo un carácter imaginario. También se incardinan todas aquellas que se realizan sin cumplir los requisitos exigidos a las prestaciones conforme a las reglas generales del derecho de obligaciones. Las exigencias son que sean lícitas, posibles y determinadas. Por tanto, toda aportación *in natura* que no cumpla con los requisitos y exigencias nombradas será considerada que falta a la realidad.

Este sería el caso en que nos hallamos pues tenemos una aportación ilícita. De acuerdo con que el pagaré es completamente falso/simulado y por tanto contrario a la ley. Esto implicaría que se estaría ante un supuesto de falta de realidad pudiéndose desplegar la responsabilidad del artículo 21 LSRL.

Respecto a qué sujetos son los responsables el artículo 21 establece una lista enumerando frente a quienes se puede ejercer tal acción. En este precepto se establece una lista extensa de quiénes serán tales sujetos, estableciéndose su concreta responsabilidad en función del momento en que se realizase la aportación. En el caso tratado la aportación se realiza al momento de constituirse la sociedad, implicando que responderán los socios fundadores, incluyéndose dentro de estos al aportante. Teniendo la consideración de tales los que participan en la escritura de constitución y en la asunción de una porción del capital. La responsabilidad de este precepto es de carácter solidario, ello con base en lo establecido en el artículo 21.1 LSRL. Esto implica que la sociedad podrá ir contra todos o uno de los socios-fundadores. Si alguno de estos legitimados pasivos hiciese frente a la responsabilidad podrá dirigirse contra el aportante, por ser este el último responsable de tal aportación. (1145 Cc).

Todo esto sin perjuicio de poder acumular una acción de responsabilidad por daños y perjuicios del artículo 1902 CC. Esta se podrá dirigir contra quienes con su conducta dolosa haya ocasionado el resultado de la incompleta integración del capital social. Se debe acreditar que existe relación de causalidad entre la falta de realidad y el posible daño causado.

Se debe tener en cuenta que estas acciones no se pueden ejercer en cualquier momento, sino que tienen unos plazos de prescripción. Respecto a la acción de responsabilidad por la falta de realidad esta prescribirá en el plazo de cinco años a contar desde el momento de la entrega, tal y como establece el artículo 21.4 LSRL. En cuanto a la indemnización, regirá el plazo de prescripción del artículo 1968 CC. El plazo de prescripción será de un año desde que se realizó el hecho. En el supuesto no se produjo la prescripción de las acciones que amparan a la sociedad para reclamar frente al socio por su aportación.

### **III. Responsabilidad penal**

Para establecer la responsabilidad penal del sujeto se requiere que se cumplan cada uno de los elementos del tipo delictivo. Así se procederá a analizar separadamente la falsedad y la estafa para así poder determinar la concurrencia de los elementos en los hechos y la persona del socio. Además de analizar la relación entre ambos tipos penales.

#### **1. Falsedad documental en documento mercantil**

El delito de falsedad viene recogido en el artículo 390 del CP y siguientes. Este primer artículo establece las modalidades comisivas de este delito. De estas para el supuesto que nos hallamos solo serán de aplicación las tres primeras. Pues el artículo 392 al establecer la falsedad



cometida por particular excluye la cuarta modalidad, dado que los particulares no tienen la obligación de decir la verdad como los funcionarios. Así al supuesto será de aplicación el artículo 392 en relación con el 390.

Para entender el delito de falsificación de documentos se deben delimitar determinados conceptos. Se hace necesario determinar el concepto de documento y más concretamente el de documento mercantil.

El concepto de documento viene establecido en el artículo 26 del CP. Así tendrá la consideración de documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos, o narraciones con eficacia probatoria o cualquiera otro tipo de relevancia jurídica. En opinión de Cuello Calón es *una manifestación de voluntad, en forma escrita, capaz de probar hechos de transcendencia jurídica*<sup>5</sup>.

En cuanto a lo que se entiende concretamente por documento mercantil se debe atender a las notas que estableció el TS. Según jurisprudencia consolidada<sup>6</sup> se entiende por documento mercantil aquél que sea expresión de una operación mercantil, plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones mercantiles. Abarca no solo los recogidos expresamente en el Ccom o en las leyes mercantiles. Concretamente se expresa en una sentencia<sup>7</sup> del año 2006 del TS que tendrán la consideración de documentos mercantiles los títulos valor, y dentro de estos tendrán tal distinción los pagarés. Para que un soporte sea considerado mercantil será necesario que cumpla las formalidades que son propias del mismo. Esto no implica que se exija un absoluto formalismo. Pues se acepta por parte de la jurisprudencia<sup>8</sup> que la falta de unos de los elementos propios no va a suponer que no sea un documento mercantil. Pero sí se debe exigir un mínimo de dicho soporte para que pueda considerarse de semejante naturaleza.

Respecto al bien jurídico que se protege se viene entendiendo por parte del TS que es la fe pública y la seguridad del tráfico jurídico. En concreto para los documentos mercantiles, como sería el del supuesto, se ha dicho por parte del TS que el bien jurídico protegido es la confianza en dicho tráfico jurídico. Así como la necesidad de dotar de celeridad al mismo, de forma que las relaciones comerciales estén presididas por los principios de buena fe y confianza<sup>9</sup>.

La consumación de este ilícito penal se produce en el mismo momento en que se lleva a cabo la alteración del soporte documental o desde que se crea el inauténtico. No se requiere que ese documento se proyecte hacia el exterior. Pues ya el propio CP distingue cuándo se realiza simplemente la falsificación de cuando se hace uso del documento.

La conducta típica de este delito está muy concretada y especificada por la regulación del CP. Así el legislador enumera de forma concreta las diversas modalidades en las que puede consistir la falsedad. Como ya se digo existen tres modalidades que le son de aplicación al supuesto, siendo estas las que se exponen a continuación:

1. ° Alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
2. ° Simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
3. ° Suponer en un acto la intervención de personas que no lo han tenido o atribuyendo a las que han intervenido declaraciones o manifestaciones diferentes a las que hubieran hecho.

<sup>5</sup> CUELLO CALÓN, J, *Derecho penal parte especial*, Bosch, Barcelona, 1952, págs. 226.

<sup>6</sup> STS de 8 de mayo de 1997; STS 1148/2004; STS de 22 de septiembre de 2006 (RJ 900/2006).

<sup>7</sup> STS de 22 de junio de 2006 (RJ 788/2006).

<sup>8</sup> STS 8. May. 1997; STS 22. Sept.2006. Véase nota.5.

<sup>9</sup> STS de 1 de junio de 2001 (Rec. 2746/1999).

Pese a que se establecen estas modalidades el TS señala que estas no son compartimentos estancos, sino que un mismo hecho puede llegar a ser susceptible de incardinarse en más de un apartado del 390.1.<sup>10</sup> Los propios tribunales en ocasiones cambian la modalidad por la que condenan pese a ser otra la calificación inicial. Esto no produce merma alguna del principio acusatorio, al ser conductas homogéneas. Además de que la condena sería la misma en cualquiera de las modalidades en la que lo encajemos.

Dentro de las modalidades en las que encuadra el supuesto se puede descartar la tercera. Pues esa implica la existencia de un acto, cuestión que en el supuesto no se produce. Así pues, debemos encuadrar la conducta dentro de la primera o de la segunda modalidad.

Respecto a la primera modalidad esta implica la modificación de un elemento esencial en un documento ya existente. Supone la intervención sobre el soporte documental que muta su forma original. La exigencia de esta es que se opere sobre un documento ya existente. Se requiere que la alteración se produzca sobre un elemento esencial. Esta alteración se puede llevar a cabo de tres formas distintas: bien a través de la supresión de datos, palabras; la adición de palabras; o bien suprimir y añadir datos, palabras.

Dentro de la segunda modalidad falsaria se incardinan aquellos supuestos donde se confeccione deliberadamente un documento con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica inexistente<sup>11</sup>. Se trata de la creación de un documento falso que no haya existido antes. Así será falsa tanto la declaración como la atribución de la misma a su autor.

Respecto a la simulación de firma no existe un criterio unificado sobre en qué modalidad falsaria del 390.1 encuadrarla. Algunos autores como Varona Gómez<sup>12</sup> entienden que lo más ajustado es encajarla dentro de la segunda modalidad. Pues lo que se está haciendo es simular un documento en todo o en parte. Sin embargo, la opinión mayoritaria<sup>13</sup> considera esta acción como propia de alteración y no de simulación. Así en esta última modalidad el legislador se ha querido referir a supuestos en los que se crea un documento falso que imita al verdadero y no para otro tipo de simulación. En palabra de García Cantizano la simulación parcial, mediante firma, solo es posible mediante una alteración del contenido de la declaración documental supuesto que ya está recogido en el apartado 1 del 390.1. CP. Se considera que no existe como tal una simulación parcial.<sup>14</sup>

En el supuesto que tratamos lo más acertado parece creer que nos encontramos con una falsedad encuadrable dentro de la modalidad primera. Esto se entiende basándose en que no se considera que se haya llevado a cabo la creación *ex novo* de un documento como se viene exigiendo para la segunda modalidad. Lo único que resulta probado es que se falsificó la firma y el sello, no que se creara un documento. Por tanto, en función de los hechos probados se considera que se alteró el documento.

También se debe aclarar si la firma es un requisito esencial para poder encajarlo dentro de esta modalidad. Según viene establecido en el artículo 94 LCChE el pagaré deberá contener la firma del que lo emite. Por tanto, no tendrá la consideración de tal título valor aquellos documentos que no reúnan los requisitos mínimos que recoge este artículo. De este modo en el supuesto la firma es un requisito esencial por tanto pudiendo situarse dentro de la modalidad primera esta falsedad.

<sup>10</sup> STS de 3 de marzo de 2003 (Rec 534/1998).

<sup>11</sup> STS 30 de enero de 2007 (RJ 63/2007).

<sup>12</sup> VARONA GÓMEZ, D, *Estafa y falsedad en títulos valores (cheque, pagaré y letra de cambio)*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 76.

<sup>13</sup> Según lo expuesto por ARMENTEROS LEON, M, *Los delitos de falsedad documental: comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2011, pág. 71.

<sup>14</sup> GARCIA CANTIZANO, M<sup>a</sup> del C., *Falsedades documentales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 71.

Debe existir en el sujeto activo el denominado ánimo falsario, elemento subjetivo fundamental de este ilícito. Además del dolo necesario que debe existir en todo delito. Este implica que el autor tiene que actuar con una intención de alterar la realidad, de presentar como verdadero lo que no lo es. El ánimo falsario se puede considerar un hecho y como tal figurar en el *factum* de la sentencia. Es necesario deducir tal ánimo del sujeto mediante una prueba indirecta e indiciaria, partiendo de las circunstancias que rodean la realización del hecho<sup>15</sup>. En el supuesto si nos podemos encontrar con el ánimo falsario de don Adrián pues este con la estampación de una firma y sello falso tiene la clara intención de alterar la verdad, dando a entender que existe una verdadera relación entre él y Construcciones Manolo SL. Respecto al dolo es la necesidad de que el autor conozca todos los elementos del tipo. En principio, cabe entender que efectivamente el socio conocía que la falsificación de una firma implica la realización del tipo penal.

Establecida la existencia de cada uno de los elementos que conforman el tipo, don Adrián se puede considerar autor de un delito de falsedad documental en documento mercantil.

## 2. Estafa

La estafa viene regulada en el artículo 248 del CP. Se trata de un delito cometido por quienes con ánimo de lucro y con engaño bastante inducen a error a otro, llevándolo de este modo a realizar un acto de disposición de patrimonio en perjuicio de sí mismo o de otro. La jurisprudencia<sup>16</sup> definió este delito como un artificio creado por alguien con objeto de hacer pasar por cierta una situación que no lo es. Se trata de una forma de inducir a error a otro, el cual en virtud de la aceptación de tal apariencia como real, dispone de algún bien a favor del primero. El sujeto activo obtendría así un enriquecimiento ilícito con el consiguiente perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo. El tipo penal aplicado al caso será el subtipo agravado, siendo de aplicación artículo 250.1.3ºCP. Este viene a recoger la estafa cuando se realiza mediante cheque, pagaré, o título valor.

Se requiere que se den unos determinados elementos que forman la estructura del tipo para que se produzca la comisión de este tipo delictivo. Así la estructura se encuentra formada por: un engaño previo bastante; error del sujeto pasivo; realizar un acto de disposición patrimonial; existencia de ánimo de lucro y dolo; y por último un perjuicio para la víctima.

El engaño se considera la acción y el efecto de hacer creer a alguien algo que no es verdad. Este debe ser precedente, bastante y causante. Será precedente cuando sea antecedente y causal del desplazamiento patrimonial. Respecto a la consideración de bastante se requiere que sea suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto. Este debe tener la suficiente entidad para que actué como estímulo eficaz del traspaso patrimonial.<sup>17</sup> En el supuesto, el engaño se produce mediante presentación del pagaré a la sociedad, que inducía a creer que era verdadero.

El error tiene que ser consecuencia del engaño, debiendo existir una relación de causalidad entre este y aquel<sup>18</sup>. En el caso, el error se produce al creer la sociedad la existencia de una relación entre el socio y la empresa constructora. En concreto el error es pensar que existía un crédito a favor de tal empresa a don Adrián.

El acto de disposición es el elemento esencial de la estafa. Se tiene que tratar de una acción positiva u omisiva. Esto se produce por el error que genera un engaño bastante en la víctima. Respecto a qué tipo de disposición nada se dice acerca de cuál tiene que ser. No se expresa la necesidad concreta de qué tipo de patrimonio se tiene que desplazar. Este puede ser un patrimonio de carácter dinerario o no. En el caso, la disposición de patrimonio la encontramos en la entrega de

<sup>15</sup> STS de 16 de febrero de 2004 (Rec 2447/2002).

<sup>16</sup> STS de 28 de enero de 2005 (RJ 47/2005).

<sup>17</sup> STS de 9 de enero de 2001 (1855/2001); STS de 4 de febrero de 2002 (RJ 161/2002); STS de 13 de mayo de 2005 (RJ 628/2005); STS de 2 de enero de 2007 (RJ 1/2007).

<sup>18</sup> STS de 9 de mayo de 2007 (RJ 368/2007).

las acciones por parte de la sociedad.<sup>19</sup>

El perjuicio puede recaer bien en el sujeto pasivo de la acción o bien en un tercero ajeno al delito. Se trata de la disminución del patrimonio del engañado. Este puede coincidir o no con el valor de lo defraudado. Se ha sostenido por parte de la jurisprudencia que el concepto de patrimonio, a los efectos de determinar la disminución patrimonial, es de carácter mixto. Incluyendo tanto los valores económicos como los derechos patrimoniales<sup>20</sup>. Su reparación por esta vía no impide el ejercicio de la acción por indemnización de daños morales en los delitos patrimoniales. En el caso, el perjuicio patrimonial se produce para la sociedad porque no se recibe la contraprestación por la entrega de las acciones. Lo que implica que capital social se vea mermado.

Además, deben concurrir dos elementos en la propia persona del sujeto activo. Estos son el ánimo de lucro y el dolo. Respecto al primero se tiene que entender por cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el agente. Este aparece integrado por el elemento intelectual de conocer que se está engañando y perjudicando a otro y por un elemento volitivo de obtener una ventaja o provecho<sup>21</sup>. En el supuesto planteado, el elemento intelectual lo tenemos en que el mismo socio fue el que creó el pagaré sabiendo que estaba engañando. En cuanto al volitivo se produce por la obtención de las acciones que producen el provecho.

En cuanto al dolo, este se conforma con la conciencia del autor del peligro. No existe dolo si el autor no es consciente del daño. El dolo se tiene que producir con anterioridad. Esto implica que antes de que se produzca la disposición patrimonial el autor del delito debe conocer que se iba a producir tal daño. Se requiere probar tal daño, pues la presunción de inocencia solo se desvirtúa cuando se han probado todos los elementos del delito, incluyendo el dolo<sup>22</sup>. Se puede entender que efectivamente don Adrián conoce cada uno de los elementos, implicando esto que existe dolo.

Por último, se exige que exista una relación de causalidad entre todos los elementos. La necesidad de unión entre el engaño que provoca el error y el desplazamiento patrimonial que da lugar al perjuicio<sup>23</sup>.

La estafa se consuma en el momento en que el sujeto pasivo por error realiza el acto de disposición y el autor obtiene la disponibilidad de la cosa ajena<sup>24</sup>. En este asunto se encuentra consumada. La disposición patrimonial se realizó con la entrega de las acciones. Mientras que la disponibilidad de la cosa ajena se produjo en el mismo momento en que existió tal disposición patrimonial. Así el sujeto activo puede disponer como desee de las acciones que fueron objeto de la disposición.

### **3. Concurso medial entre estafa agravada y falsedad documental**

La concurrencia del delito de estafa cometida por medio de cheque, pagaré o letra de cambio y la falsedad documental ha tenido tres respuestas por parte de la jurisprudencia. La solución se acabó unificando por parte del TS. El pleno no jurisdiccional de 8 de marzo de 2002 estableció que la falsedad documental y su utilización posterior por el autor del mismo para cometer una estafa debe sancionarse como un concurso de delitos entre estafa agravada del 250.1.3ºCP y falsedad documental del 392 CP.<sup>25</sup>

De no estimarse la aplicación conjunta de ambas figuras delictivas por entenderse ya computada la falsedad en la estafa agravada, se dispensará el mismo tratamiento penológico al que

<sup>19</sup> STS de 15 de diciembre de 2004 (RJ 1485/2004).

<sup>20</sup> STS de 16 de febrero de 2007(RJ 132/2007).

<sup>21</sup> STS de 31 de enero de 1995 (RJ 94/1995).

<sup>22</sup> STS de 9 de abril de 2003 (RJ 507/2003); STS de 5 de mayo de 2011 (Rec. 1047/2010).

<sup>23</sup> STS de 25 de marzo de 2004 (RJ 414/2004).

<sup>24</sup> STS de 27 de mayo de 2003 (RJ 766/2003).

<sup>25</sup> STS de 17 de marzo de 2001 (RJ 341/2001); STS de 23 de diciembre de 2005 (RJ 1609/2005).

falsifica un pagaré para cometer estafa que a quien lo utiliza para el mismo fin sin falsificarlo previamente. Con lo cual se olvida de lo que refuerza la antijuridicidad de la acción descrita en el 250.1. 3º CP, lo cual es el ataque a la seguridad jurídica del tráfico mercantil. Siendo un bien jurídico distinto al que tutela el tipo falsario que protege también la fe pública y la función social de los documentos. La conducta falsaria no puede quedar absorbida por el delito de estafa pues la sanción no cubriría todo el desvalor de la conducta realizada al dejar sin sanción la falsificación previa<sup>26</sup>.

El concurso que prevé el TS entre ambos delitos podrá ser bien real o medial. Este tribunal considera la existencia de un concurso medial entre ambas figuras. Ya que la mutación del documento será el medio para cometer el delito de estafa. Esto se producirá cuando la finalidad de la alteración sea exclusivamente la de cometer estafa. Así lo más coherente considerar que en el supuesto nos hallamos ante un concurso medial, pues la falsificación se lleva a cabo para engañar al sujeto pasivo<sup>27</sup>.

Respecto a la posible pena a imponer se deberá atender a lo dispuesto en el artículo 77 del CP. Este en su apartado segundo establece que para el caso de concurrencia de dos o más delitos cuando uno de ellos sea medio para cometer el otro la pena será la resultante de calcular la mitad superior a la infracción más grave. La estafa agravada tiene una pena de prisión de 1 año a 6 años y de multa de 6 meses a 12 meses. Mientras que la falsedad documental en documento mercantil cometido por particular tiene pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 meses a 12 meses de prisión. Atendiendo a que la pena más grave es la de la estafa se deberá calcular la mitad superior sobre esta. De este modo la pena en abstracto es de 3 años, 6 meses y 1 día a 6 años de prisión y multa de 9 meses y 1 día a 12 meses.

#### **IV. Cuestiones procesales**

Respecto a la responsabilidad civil será competente el Juzgado de lo Mercantil del domicilio social de dicha sociedad según se extrae de los artículos 86 ter y 51 de la LOPJ y LEC respectivamente.

En lo referente a la competencia judicial para la responsabilidad penal. La objetiva según lo dispuesto en el artículo 14 de la LECrim será la Audiencia Provincial de donde se hubiese cometido el delito. En este caso al existir conexidad entre el delito de estafa y la falsedad por aplicación del artículo 18 LECrim para establecer la competencia territorial se deberá atender al lugar de la comisión del delito más grave. Siendo en este supuesto competente el lugar donde se cometió la estafa. Respecto a en qué lugar se entiende cometido el delito se debe entender que será donde este se consumó. Se trata de doctrina reiterada del TS entender que la estafa se consuma en el lugar donde se produjo el desplazamiento patrimonial y el consiguiente perjuicio para la víctima.<sup>28</sup>

#### **V. Recapitulación**

Según lo expuesto don Adrián se encuentra con dos tipos de consecuencias derivadas del hecho que realizó. Por una parte, una de carácter civil frente a la sociedad surgiendo responsabilidad de los socios fundadores por la falta de realidad del artículo 21 LSRL. Además de la propia al socio por la aportación de un crédito ilegítimo del artículo 20 de la citada ley. Sin perjuicio de exigir una indemnización por daños y perjuicios.

Por otra parte, los hechos que realiza dan lugar a que pueda ser considerado como autor de un delito de falsedad documental en documento mercantil en concurso medial con estafa agravada.

<sup>26</sup> ARMENTEROS LEON, M, *Los delitos de falsedad...*, Comares, Granada, 2011, pág. 80. V. nota 13.

<sup>27</sup> STS de 27 de febrero de 2000 (RJ 458/2000); STS de 3 de octubre de 2001 (Rec 4395/1999).

<sup>28</sup> ATS de 10 de septiembre de 2004 (RJ 14/2004).

## Capítulo 2. Aportación de una finca

### I. Introducción

Con fecha en mayo de 2006 don Alejandro aportó a la sociedad "Tu Piel SL" una finca de 1000 metros cuadrados. En dicha finca este había construido una nave en 1995. En marzo de 2016 se descubre que al realizar tal construcción se invadieron 75 metros cuadrados del predio colindante.

Las cuestiones que se plantean son determinar si la sociedad adquirió la propiedad de la franja de terreno invadida. Así como las acciones que el propietario de la finca invadida puede ejercitar. Por último, si la sociedad no adquiriera la propiedad qué consecuencias se derivarían para el socio.

En respuesta a las cuestiones planteadas se puede determinar lo siguiente. La sociedad no adquirió la propiedad de la franja, excepto que se aplique la accesión invertida y se pague el valor de dicho terreno. Al dueño le ampara una acción reivindicatoria y de deslinde. Por último, el socio responde de la obligación de saneamiento por evicción.

### II. Propiedad de la franja de terreno invadido

Atendiendo a los hechos nos hallamos ante una situación de accesión invertida o de construcción extralimitada. La accesión invertida se define como toda edificación en suelo que en parte pertenece al constructor y en parte al propietario colindante, determinando que lo principal sea lo edificado y lo accesorio la porción de terreno invadido. Solo se da en caso de edificación ya que es imprescindible la indivisibilidad entre lo edificado y el terreno ajeno ocupado. Se trata de una institución de creación jurisprudencial, no contemplada expresamente en los preceptos del Cc dedicados a la accesión. Dentro de la jurisprudencia destaca la sentencia de 31 de mayo de 1949 continuadora del criterio adoptado por primera vez por la STS de 30 de junio de 1923.

En el caso de la accesión invertida se invierte la regla general recogida en el artículo 361 Cc. Así en esta regla lo principal es lo construido siendo el suelo lo accesorio (*solum superficiesi cedit*). La justificación de esta regla se encuentra en criterios económicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación, así como en razones de política económica, social y buena vecindad.<sup>29</sup>

Para que se puede reconocer la existencia de la accesión invertida se requiere que se den unos determinados requisitos que son los siguientes:

1. ° Que la persona que la pretende sea titular dominical de la obra. Respecto a la legitimación no es un criterio único el citado, sino que existen otras tendencias jurisprudenciales respecto a quién puede solicitarla.

2. ° Que el edificio esté construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte en propiedad ajena y que esta extralimitación sobre el suelo ajeno sea de escasa consideración con respecto al total de lo edificado.

3. ° Que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible. No pudiéndose separar o derribar la parte que se asienta sobre el terreno ajeno sin causar grave perjuicio al mismo. Pues si fuese posible la separación no se produciría la accesión invertida<sup>30</sup>.

4. ° Que el valor del edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor

<sup>29</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G, "La accesión invertida: génesis y la evolución en la jurisprudencia", págs. 5.

<sup>30</sup> STS de 27 de enero de 2000 (RJ 126/2000); STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 10171/2002).

superior al del suelo invadido. Para determinar el valor no solo se debe atender al propio valor económico sino también al valor social, atendiendo al uso que pudiese darse a ese terreno.

5. ° Que el constructor se extralimitara de buena fe. Esta se entiende como la creencia errónea y justificable del constructor de su derecho a construir en la porción de terreno invadida. Se requiere que el error sea inevitable, que el constructor no tuviese ningún medio para poder conocer que no era propietario de esa parte. La jurisprudencia presume la buena fe por parte del constructor. Esto implica que la parte contraria deberá de demostrar que este procedió de mala fe<sup>31</sup>. Esta buena fe se tiene que presumir desde que se comenzó a edificar. No procediendo la accesión invertida cuando el invasor procediera de mala fe. Llegando a implicar que este tendrá que hacer frente a los gastos derivados de la demolición de lo construido.

Respecto a quién se encuentra legitimado para solicitar la accesión la jurisprudencia ha seguido distintas posturas a lo largo del tiempo. Hasta alcanzar el criterio que rige actualmente. Así el TS permite la aplicación de oficio de esta figura, sin necesidad de solicitud de alguna de las partes. Esto se llevará a cabo cuando a la luz de los hechos probados y de la *causa petendi* se pueda extraerse su aplicación. Además de, comprobar de forma estricta la concurrencia de los requisitos en el supuesto concreto. De este modo la legitimación es amplia, permitiéndose tanto su solicitud de parte como su aplicación de oficio. <sup>32</sup>

Como se dijo la accesión invertida trae consigo que el dueño del edificio construido, de buena fe y en parte en suelo ajeno, pueda adquirir la propiedad del suelo ocupado. Para que esto ocurra además de que se cumplan los requisitos citados anteriormente se requiere el pago. Esto supone que el dueño de lo edificado debe abonar al dueño del suelo ajeno el valor del mismo. Siendo el previo pago una condición *sine qua non*. Pues mientras no se produzca tal pago no se adquirirá la titularidad dominical de tal porción. <sup>33</sup>

Respecto a la reparación del daño esta no podrá ser una restitución *in natura*, ello derivado de que implicaría destruir la edificación. Así al dueño del suelo invadido le corresponde el derecho de compensación económica por la intromisión que sufre. Esta indemnización como reconoce el TS comprende no solo el estricto valor de la franja, sino también el menoscabo patrimonial que repercute sobre el resto de la finca. La jurisprudencia matiza esta indemnización declarando que la misma se tiene que bascular entre la posible codicia del dueño y el enriquecimiento injusto<sup>34</sup>. Se trataría por tanto del pago de una indemnización para hacer frente al valor de una cuantía igual al valor de la franja invadida en terreno ajeno.

Se debe expresar que se rechaza el pago de una indemnización de daños y perjuicios, esto basándose en que para la reclamación de esta se requiere dolo o culpa por parte del invasor. Si se parte de la buena fe del invasor no se podrá exigir una indemnización que presuponga dolo o culpa por parte de este. Solo en el supuesto de que la invasión produjera algún daño a mayores que la privación del dominio del derecho se podrá exigir una indemnización estipulada en el artículo 1902 Cc.<sup>35</sup>

El problema que se plantea en la accesión invertida es cuándo se transmitió la propiedad como sucede en el supuesto. Se tiene que partir de la presunción de buena fe del tercero adquirente, siendo este desconocedor de la invasión del terreno ajeno. Al presumirse la buena fe, el tercero no podrá ser desposeído del bien que adquirió. Además de esto se deriva que la indemnización solo podrá ser reclamada frente a quien edificó, por tanto, sin que pueda dirigirse contra el actual

<sup>31</sup> STS de 14 de marzo de 2001 (RJ 5976/2000)

<sup>32</sup> STS de 12 de diciembre de 1995 (RJ 9601/1995); STS de 27 de junio de 1997 (RJ 5398/1997); STS de 8 de febrero de 1994 (RJ 833/1994).

<sup>33</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G, “ La accesión...”, págs. 36-40.

<sup>34</sup> STS de 19 de abril de 1996.

<sup>35</sup> STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 1842/2008).

poseedor. Esto es así basándose en la buena fe del tercero y también que lo coherente es reclamar frente a quien realizó el acto de invasión.<sup>36</sup>

La aplicación de lo expuesto al caso puede determinar que la sociedad no adquirió la propiedad del terreno invadido. Todo ello atendiendo a que aún no se estimó la aplicación de la accesión invertida y tampoco se produjo el abono del valor de tal porción al dueño. De este modo mientras don Alejandro no abone tal cantidad, la porción de terreno seguirá perteneciendo a su dueño original. También se debe descartar la posibilidad de prescripción adquisitiva, ello basándose en que se requiere el transcurso de 30 años, tal y como recoge el artículo 1959 Cc. Mientras que en el supuesto de hecho desde la fecha de invasión de la porción solo transcurrieron 21 años.

### **III. Acciones del dueño del terreno colindante**

Las medidas que puede llevar a cabo el dueño son las encaminadas a la defensa del dominio. En relación con esto se debe partir del artículo 348 Cc. Este precepto establece que la propiedad es el derecho a gozar y disponer de la cosa sin más limitaciones que las legales. Además, establece que tiene derecho a ir contra el poseedor y tenedor de la cosa para reivindicarlas. De este modo se le reconoce el ejercicio de una acción reivindicatoria. Pero aparte de esta acción se viene reconociendo otras acciones para la protección del dominio como es la acción declarativa de deslinde.

A continuación, se van a exponer las acciones que asisten al dueño. En primer lugar, veremos la reivindicatoria, finalizando con la de deslinde. También asiste al dueño la solicitud de la accesión invertida pero que no se procederá a exponer puesto que ya se hizo en el epígrafe anterior. Considerándose como una posibilidad subsidiaria el ejercicio de la accesión invertida.

#### **1. Acción reivindicatoria**

En esta se protege el derecho de propiedad pretendiendo la restitución de la cosa que indebidamente posee un tercero. Como ya se dijo viene recogida en el artículo 348 Cc. Se trata fundamentalmente de aquella acción que lleva a cabo el propietario no poseedor contra quien posee sin tener un título jurídico que lo habilite para ello<sup>37</sup>. Se trata de una acción de naturaleza real y restitutoria pues su finalidad es obtener la restitución de la cosa.

Para que prospere es preciso que se den unos determinados requisitos, conforme a la reiterada y constante doctrina jurisprudencial<sup>38</sup>, son los siguientes:

1. ° Título de dominio. El demandante debe acreditar que posee un justo título de dominio. Esto se puede justificar por los distintos medios de prueba sin que sea imprescindible que consista en una escritura pública. Esta prueba de propiedad incumbe al actor según las reglas de la carga de la prueba. Es preciso que se justifique la propiedad, ya sea fundamentándose en un título legítimo o en la posesión continuada que dé lugar a la prescripción adquisitiva. También existen ciertas presunciones de propiedad que son admitidas para justificar tal dominio.<sup>39</sup>

2. ° Posesión sin justo título. El demandado que sea poseedor del bien reivindicado debe ser sin título para ello.

3. ° Identidad de la cosa. La acción solo procede para reclamar una cosa concreta y determinada. Lo que supone que debe fijarse con claridad la situación, cabida y linderos de la finca. Así como acreditar en el juicio que el terreno que se reclama es aquel que el poseedor tiene. Para poder identificar de forma correcta la finca será necesaria absoluta coincidencia entre el Registro de la Propiedad y el Catastro. Además es conveniente que se aporte un informe emitido por un técnico que confirme tal coincidencia.

<sup>36</sup> STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 821/2007).

<sup>37</sup> STS de 1 de marzo de 1954.

<sup>38</sup> Entre otras STS de 20 de octubre de 2014 (RJ 578/2014); STS 22 de mayo de 2015 (RJ 285/2015).

<sup>39</sup> STS de 5 de febrero de 1999; STS de 16 de mayo de 2000.



El efecto que produce es que sí prospera tal acción da derecho a la entrega al actor de la cosa reivindicada con sus accesiones. Esto implica que se le devolverá la posesión al titular dominical del bien.

En lo referente al plazo para ejercicio de la acción son de aplicación los artículos 1963 y 1969 Cc. Los cuales determinan el plazo de prescripción general de las acciones reales y el momento en que se inicia el cómputo del mismo. Así el plazo es de 30 años para que prescriba comenzando a contar desde el mismo momento en que se pudieron ejercitar. Se entiende que se inicia desde que se entró a la posesión sin tener justo título.

En el supuesto tratado se aconseja el ejercicio de dicha acción. Esto sobre la base de que es el medio para que el propietario pueda recuperar la porción de la que fue desposeído.

## **2. Acción de deslinde**

El deslinde consiste en la operación por medio de la cual se fijan los límites materiales de una finca. Se regula en los artículos 384 a 384 CC. No tiene un fin reivindicatorio y se dirige contra los colindantes que son propietarios de su parcela.

Se tiende a confundir esta acción con la reivindicatoria. La jurisprudencia ha delimitado las diferencias entre ambas. Se admite la acumulación objetiva entre ambas a fin de dilucidarlas en un mismo proceso. Así se dice por parte del TS<sup>40</sup> que la de deslinde pretende delimitar el concreto perímetro de la finca reclamada, prevaleciendo la finalidad puramente individualizadora del predio. Mientras que la reivindicatoria busca una protección más amplia del derecho dominical, teniendo como fin la recuperación de la posesión.

El presupuesto para poder iniciar la acción de deslinde es que exista confusión de linderos. Este constituye un presupuesto indispensable para la práctica de acción. Por ello la acción no será viable cuando los inmuebles se encuentren perfectamente identificados y delimitados<sup>41</sup>. Los requisitos para el ejercicio de esta acción son<sup>42</sup>:

- 1.º Que las propiedades a deslindar sean contiguas y sin separación.
- 2.º Que las partes intervinientes sean propietarios de las fincas a deslindar.
- 3.º Que los linderos sean desconocidos o inciertos.

Respecto a quién se encuentra legitimado para solicitar será el propietario y los titulares de derechos reales sobre la finca que se pretende deslindar. Mientras que la pasiva corresponderá a los dueños de los predios colindantes.

Esta acción se considera imprescriptible a tenor de lo dispuesto en el artículo 1965 Cc. Pero esto no se opone a que el colindante antes de su ejercicio pueda haber ganado por usucapión la zona discutida. No cabría entonces la acción de deslinde. Pues la controversia incide sobre el derecho de propiedad, por lo que la vía adecuada sería la acción reivindicatoria o declarativa del dominio.

En lo referente a su tramitación existen tres vías para poder ejercer esta acción. Una primera consistente en un acuerdo extrajudicial entre los colindantes; también se puede acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria; y por último sería acudir a un juicio declarativo ordinario<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> STS de 16 de noviembre de 2005.

<sup>41</sup> STS de 26 de junio de 2003.

<sup>42</sup> STS de 11 de febrero de 2016 (RJ 46/2016).

<sup>43</sup> ARCAS SARIOT, M<sup>a</sup> J, "Acción de deslinde", Artículo extraído de la página web [www.mundojuridico.info](http://www.mundojuridico.info). Última consulta: 17/05/2016.

Para establecer los lindes cada predio se actuará conforme a los títulos suficientes de cada propietaria y a falta de ellos por lo que pueda resultar de la posesión. Por tales títulos se tiene que entender a aquellos que señalen los límites y la extensión de cada una de las fincas. Finalmente, si no existiese algún método de determinar los linderos se distribuirá el terreno objeto de controversia por partes iguales a cada uno de los colindantes.

Respecto a su aplicación al supuesto de hecho esto se considera necesario sobre la base de que se desconocen los linderos. Esto es así por mor de la invasión de la franja de terreno.

#### **IV. Consecuencias de la no adquisición de la propiedad de la franja por parte de la sociedad para don Alejandro**

Como se analizó en el capítulo número uno existe responsabilidad por la incorrecta aportación de bienes a la sociedad. La LSRL recoge la responsabilidad tanto para el aportante como para los socios que existían al tiempo de efectuar tal aportación<sup>44</sup>.

Por una parte, tenemos la responsabilidad que se exige frente al propio aportante recogida en el artículo 20 de la LSRL con remisión al artículo 39 LSA. El socio que entregó como aportación un bien inmueble responderá dentro en los términos establecidos por el Cc del saneamiento por vicios y por evicción, regulado en los artículos 1461 a 1499 Cc.

En lo concerniente a los vicios ocultos, se tiene que partir de lo establecido en la regla general recogida en los artículos 1484 a 1499 del Cc. Esta establece que el aportante responde por los defectos ocultos que tuviere la cosa aportada si la hacen impropia para el uso que se destina o bien lo disminuye. Si se produce tal vicio se establece la posibilidad de ejercicio de la acción redhibitoria y la estimatoria, en este caso por parte de la sociedad. En el supuesto de hecho no se considera la aplicación de este saneamiento pues no se encuentra un vicio oculto en el bien que disminuya el uso.

En lo referente al saneamiento por evicción se establece esa responsabilidad cuando el comprador (sociedad), pierde parte o todo el bien en virtud de sentencia firme. Este saneamiento se regula en los artículos 1475 a 1483 Cc. La consecuencia variará en función de si se produce una pérdida parcial o total del bien. Si la evicción es total se concede a la sociedad el derecho a solicitar al aportante el precio de la cosa. Mientras que en el caso de que fuera parcial se establece la obligación de restituir al aportante la cosa o parte de la cosa, dando lugar a la oportuna reducción de capital de la sociedad<sup>45</sup>.

La aplicación de esta responsabilidad por evicción al supuesto puede ser considerada factible. Esto puede ser basándose en que la sociedad no adquirió la propiedad por reclamación del dueño de tal franja de terreno. Si se produce tal pérdida en virtud de sentencia donde se establece que debe ser devuelta tal porción de terreno al dueño original, podría exigirse responsabilidad por la vía del saneamiento por evicción. En cuanto al plazo de prescripción de la acción no tiene uno específico, sino que regirá el general siendo este de cinco años por mor de lo establecido en el artículo 1964 Cc. No puede exigirse tal saneamiento hasta el momento en que se dictase sentencia firme tal y como establece el artículo 1480. Por tanto, el plazo de prescripción comenzará a contar desde que sea exigible tal saneamiento.

La responsabilidad exigida al aportante no implica que no se pueda desatar la prevista en el artículo 21 LSRL. Así la sociedad gozará tanto de la acción mencionada como de la responsabilidad que puede exigir al propio aportante. Pese a que ambas pueden ser ejercidas no se pueden accionar conjuntamente porque tienen pretensiones distintas.

---

<sup>44</sup> LA CASA GARCIA, R., *Responsabilidad y aportaciones no dinerarias de la sociedad limitada*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 100- 104.

<sup>45</sup> STS de 17 de julio de 2007.

El problema que se plantea respecto a la responsabilidad por la falta de realidad o valoración del artículo citado anteriormente es su plazo de prescripción. Esta tiene un plazo de cinco años desde el momento en que se produjo la entrega del bien a la sociedad, tal y como establece el artículo 21.4 de la LSRL. En el supuesto pasaron casi diez años desde que se entrega tal bien. Esto implica que no estaríamos ya dentro de plazo para ejercer tal acción.

De este modo solo se podría exigir responsabilidad al socio sobre la base de una infracción del saneamiento exigido. Puede optarse por esto siempre que la sociedad no hubiese adquirido la propiedad de acuerdo con una acción reivindicatoria del verdadero dueño, siendo desposeída esta de tal porción de terreno.

Todo ello sin perjuicio de exigir una indemnización por daños y perjuicios en los términos establecidos en el 1902 CC. Conforme a este precepto se podrá reclamar el pago de una cuantía dineraria para reparar el daño que pudo producir el aportante por el fallo en su aportación. Se exige para reclamar tal indemnización que el aportante actuase con dolo.

En lo referente al supuesto concreto la sociedad podría exigir responsabilidad al socio aportante sobre la base del saneamiento por evicción por la pérdida de la porción de terreno. Además exigir una indemnización por daños y perjuicios por el daño sufrido por tal pérdida.

#### **V. Cuestiones procesales**

En lo referente a quien corresponde la competencia para el ejercicio de las acciones sobre la franja de terreno la competencia será para el Juzgado de Primera Instancia, atendiendo a lo establecido en el artículo 85 LOPJ. Respecto a la competencia territorial tal y como establece el artículo 52 de la LEC esta corresponde al juzgado del lugar donde esté sita la cosa litigiosa. En el supuesto sería el lugar donde se halle la finca.

En cuanto a la acción contra el aportante por saneamiento será competente el Juzgado de lo Mercantil según lo dispuesto en el artículo 86 ter LOPJ. La competencia territorial viene determinada por donde tenga la sede social la empresa, según lo establecido por el artículo 51 LEC.

#### **VI. Recapitulación**

Respecto a la adquisición de la propiedad de la franja de terreno ésta se producirá tras el pago de la indemnización correspondiente al dueño de la porción invadida, tras admitirse la aplicación de la accesión invertida.

Le correspondería al dueño el ejercicio de una acción reivindicatoria y de deslinde conjuntamente para solicitar la restitución de su terreno. Así como subsidiariamente la solicitud de la accesión invertida con el fin de percibir el valor de la franja de terreno de la cual fue desposeído.

Solo en el supuesto de que se produjera la pérdida por sentencia firme de la porción de terreno invadida, la sociedad podría ejercer una acción de responsabilidad frente al aportante por pérdida parcial. En el supuesto de que esto no se produjera no existiría ningún tipo de responsabilidad a exigir por parte de la sociedad. Esto se produce basándose en que prescribieron los plazos para el ejercicio de las acciones correspondientes. Únicamente queda a salvo una posible indemnización por daños y perjuicios a la sociedad.

## Capítulo 3. Compraventa de un negocio

### I. Introducción

Los hechos que son la base de la cuestión a resolver son los siguientes que se exponen. En agosto 2004 doña Teresa Medina adquirió un pequeño negocio mediante una compraventa efectuada a doña Soledad García. A raíz de esta compraventa surgen varias controversias.

En primer lugar, doña Teresa se negó a pagar una factura a nombre del establecimiento. Esta fue presentada al cobro el 23 de diciembre de 2004. El importe se corresponde con unas obras realizadas con anterioridad a la transmisión del negocio.

En segundo lugar, se reclama a la adquirente salarios de tramitación e indemnizaciones de despido de dos trabajadores. Despidos efectuados antes de la compraventa del negocio. En el contrato de compraventa se estipuló una cláusula donde se establece que en caso de reclamación por parte de los trabajadores esta sería a cargo del vendedor.

Por último, poco tiempo después de la transmisión del negocio, se produce un descenso de la clientela. Esto coincide con la apertura por parte de la transmitente de un local en la misma localidad dedicado a similar actividad.

Antes de entrar a la justificación, se va a exponer el dictamen dado al supuesto. Respecto a la controversia sobre la deuda derivada de la obra, doña Teresa no responde por no existir un pacto entre las partes de asunción de las deudas. Sobre las deudas laborales tendrán que responder ambas partes siendo inválida la cláusula establecida en el contrato. Por último, el descenso de clientela implica que se vulneró el principio de buena fe que asiste a las partes en el cumplimiento de los contratos. Esto supone la posibilidad de reclamación de una indemnización por daños y perjuicios.

Se va a proceder separadamente a exponer cada una de las controversias surgidas. En primer lugar, veremos la deuda derivada de la obra; a continuación, la reclamación efectuada por parte de los trabajadores; y finalmente el descenso de la clientela.

### II. Deuda derivada de la obra

Respecto a la legislación que sería aplicable al supuesto nos encontramos que no existen normas específicas. Las deudas en la compraventa de empresa se regirán por el Cc. Vendría así a regularse por la normativa común a cualquier tipo de compraventa. En concreto se regulará por lo establecido en el artículo 1205 de la citada norma, en el que se hace referencia a la novación. La novación se trata de la extinción de una obligación para crear otra nueva que la sustituya. Se trata de un acto jurídico único que al mismo tiempo pone fin a una relación y crea otra. Respecto a las deudas la novación es la subrogación del deudor actual en la posición del deudor primitivo.

En la compraventa civil no se produce de forma automática la asunción de las deudas por parte del adquirente, sino que se requiere que se produzcan dos acuerdos. Un primer acuerdo entre el cedente y el adquirente. Se hace necesario que el comprador acepte las deudas anteriores de forma manifiesta y expresa. Estas no se asumen *ex lege*, sino que se requiere que se acepte situarse en la posición jurídica del antiguo titular. En segundo lugar, se requiere pacto entre el cedente y el acreedor. Esto se desprende de lo estipulado en el artículo citado del Cc. Esto se exige porque para el acreedor es muy importante la figura de su deudor, pues que este pueda cobrar su crédito dependerá en gran medida de la persona que se deba hacer cargo del pago.

Pese a la exigencia de pacto, cierto sector de la doctrina como Pérez de la Cruz Blanco<sup>46</sup>, acepta la asunción de las deudas pese a no existir pacto cuando se dan una serie de circunstancias en

<sup>46</sup> PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, "Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes", en *Revista de Derecho Mercantil* nº 134, 1974, págs. 521 y sigs.

la transmisión. Viene a considerar que el hecho de que se siga la actividad bajo la misma denominación implica una presunción de que el adquirente se subrogó en las relaciones obligacionistas pendientes. Pero bajo mi opinión es más correcto acoger la posición defendida por De la Cámara Álvarez<sup>47</sup>. Este entiende que el uso del nombre solo es válido como criterio orientador, no como presunción. Lo que se viene a admitir es que sea un elemento externo que sirva para reforzar o conformar la existencia de asunción, pero solo en aquellos casos donde esta se hubiese pactado. Esta última posición es aceptada por la mayor parte de la doctrina.

Así no se puede entender en este supuesto que se produzca una asunción de deuda por el simple hecho de producirse la transmisión. Porque este efecto no se deriva ni del contrato ni de la ley. Ni tampoco de la supuesta calidad accesoria de las deudas respecto a la empresa transmitida.

### **III. Deudas laborales**

Para poder aportar una solución a la controversia es necesario situarse primero en la legislación que será aplicable al supuesto. Para ello se requiere establecer si nos hallamos ante un supuesto de sucesión empresarial. Si esto se produce implica que las deudas se regirán por lo establecido en el ET.

El artículo 44 del ET en su apartado segundo establece el concepto sobre cuando existe sucesión empresarial. Este precepto determina lo siguiente:

“se considerará que existe sucesión de empresa cuándo 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.”

Pero para entender cuándo se produce este hecho es necesario completar este precepto con lo asentado por parte de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo en distintas sentencias<sup>48</sup> ha venido estableciendo los elementos que se consideran necesarios que se transmitan para considerar que existe sucesión de empresa. Así se considera que existe sucesión cuando se transmiten elementos esenciales de la empresa. Estos se entienden como aquellos necesarios para continuar la actividad empresarial. De esta manera, se establece que para que exista sucesión es necesario que no solo se produzca un cambio nominativo del titular, sino que debe producirse la transmisión de elementos patrimoniales que formen la infraestructura básica de la empresa.

Se viene reiterando por parte de la Sala de lo Social del TS<sup>49</sup> que para la aplicación del ET se requiere que concurren dos elementos. Por un parte un elemento de carácter subjetivo que es la sustitución de un empresario por otro en la misma actividad; y por otra parte que se transmitan los elementos necesarios para continuar con la actividad.

El TS en alguna ocasión establece qué tipo de elementos concretos se deben de transmitir para que exista sucesión. Este tribunal procede a diferenciar los supuestos donde se transmiten elementos personales o elementos materiales. En alguna sentencia<sup>50</sup> condiciona la existencia de sucesión a la transmisión de elementos personales. Esto implica que no sería de aplicación el artículo 44 del ET cuando no se transmitan los elementos personales. Pero bajo nuestra opinión y basándonos en que se requiere la transmisión de elementos esenciales solo se puede negar la sucesión cuando la actividad económica descansa sobre la mano de obra. Esto es que el elemento personal sea básico para continuar con el desarrollo de la actividad.

<sup>47</sup> DE LA CAMARA ALVAREZ, “La venta de empresa mercantil: principales problemas que plantea”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 24, 1982, págs. 324-326.

<sup>48</sup> STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 7202/2004), sentencia que recuerda lo expresado en la sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2007 sobre la existencia de sucesión de empresa.

<sup>49</sup> STS de 22 de septiembre de 2005; STS de 2 de enero de 2015 (RJ 74/2015).

<sup>50</sup> STS 27oct2004. V. nota 48.

En el supuesto que se plantea consideramos que se produce una sucesión de empresa. Esto se considera sobre la base de que cuando se adquiere un negocio se hace con todos los elementos que lo forman. Pues si sucede lo contrario se hablaría de la transmisión de elementos de la empresa. De este modo, entendiendo que se transmite el conjunto de la empresa, se debe entender producida la sucesión.

La consecuencia que tiene la existencia de la sucesión es la que recoge el artículo 44 del ET en su apartado tercero. Así el efecto derivado de esto es que el adquirente y vendedor responden solidariamente por el plazo de tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión.

Expuesta la previsión legal cabe plantearse si cabe algún pacto para establecer lo contrario. Esto implica el carácter imperativo o no del citado artículo. En el supuesto es necesario dar respuesta a ello pues existe un pacto entre las partes, estableciendo lo opuesto a ley. La suma importancia de la validez y aplicación de la cláusula radica en quién será el sujeto responsable de las deudas.

Esa cuestión fue resuelta por la jurisprudencia<sup>51</sup> del TS estableciendo el carácter imperativo de la norma. Así establece que el artículo 44 ET opera *ope legis*. De este modo prevalece lo establecido por este artículo con independencia de la voluntad de las partes, siendo nula cualquier cláusula o pacto donde se establezca lo contrario a la norma. Así se impone la obligación al nuevo titular de subrogarse en las obligaciones laborales del anterior, sin necesidad de ningún pacto para asunción de tales deudas.

Otra cuestión que cabe plantearse es el alcance de tal previsión del ET. Si se responde también por aquellos trabajadores que no tengan su vínculo en activo en el momento de la transmisión. Es necesario dar respuesta a esto en el supuesto planteado porque se reclaman obligaciones derivadas de contratos ya extinguidos.

Si atendemos a lo establecido en el artículo del ET vemos que no se hace ningún tipo de distinción en función de si el trabajador sigue o no vinculado a la sociedad transmitida. Simplemente expresa que se responderá por cualquier deuda nacida con anterioridad a la transmisión. Así establece que el adquirente responderá de cualquier deuda ya sea de trabajadores que sigan desarrollando una actividad para él o no. De este modo atendiendo a la previsión legal la única exigencia es que se trata de obligaciones laborales no abonadas.

La jurisprudencia viene entendiendo que este precepto se refiere a las obligaciones laborales sin ninguna limitación acerca de la vigencia del contrato. Supone que nada tiene que ver que al momento de la transmisión el contrato ya no estuviese en activo. Así para analizar la extensión se debe remontar ya a las primeras sentencias<sup>52</sup> sobre la sucesión laboral. Estas señalan que nada impide la aplicación del precepto a los contratos ya extintos. Pues la norma expresa que se subroga en las obligaciones laborales, las cuales no se ven extinguidas por el cese del vínculo laboral. Esta posición fue continuada por parte de la jurisprudencia. Así podemos observar una sentencia<sup>53</sup> del año 2003 donde establece que la responsabilidad del cedente y cesionario es solidaria respecto de un trabajador despedido con anterioridad. Por tanto, el ET impone al empresario adquirente que asuma cuantas obligaciones laborales gravaban la empresa adquirida<sup>54</sup>.

Por último, se puede plantear si responde la adquirente sobre cualquier tipo de obligación laboral. Esta cuestión surge porque en el supuesto se habla de salarios de tramitación e indemnizaciones por despido. Estos salarios e indemnizaciones son los que percibe un trabajador

<sup>51</sup> STS de 29 de mayo de 2008 (RJ 3617/2006), la cual recoge la doctrina asentada por la sala.

<sup>52</sup> STS de 22 de noviembre de 1998 (RJ 8858/1998).

<sup>53</sup> STS de 13 de julio de 2003 (Rec 3442/2003).

<sup>54</sup> STS 27 Oct 2004. V. nota.48.

cuando su despido es calificado como improcedente o nulo. Se puede cuestionar si también se responde cuando la obligación nace de una negligencia del transmitente.

Según lo expuesto con anterioridad se debe decir que el adquirente responderá de cualquier deuda que grave la empresa adquirida. Así responderá también de aquellas que se deriven del incumplimiento de la ley por parte del vendedor. Esto fue expresamente reconocido en diversas sentencias del TS como de julio de 2003<sup>55</sup>.

Por tanto, doña Teresa responderá de las deudas laborales frente a la reclamación de los trabajadores. Ello implica la obligación de proceder a su abono, pues se establece la simple y pura obligación de responder por las deudas laborales. Pero esto no implica que responda exclusivamente. Pues se trata de una responsabilidad solidaria. De tal manera que al comprador le asiste una acción de regreso para reclamar la parte correspondiente a doña Soledad.

#### **IV. Descenso de la clientela**

En la legislación española nada se dice acerca de la competencia en la transmisión de empresa. No se establece de forma imperativa la obligación de no competencia, sino que para que esto rija se deberá pactar por las partes de común acuerdo

Se debe partir de la no existencia de un pacto entre las partes de no competencia. Esto implica que doña Teresa no podrá invocar un acuerdo como base para reclamar por el ejercicio de competencia. Así que se debe analizar si pese a no existir pacto la compradora puede exigir al vendedor que cese su actividad.

Cuando se produce la transmisión de una empresa no solo se transmiten elementos materiales sino también inmateriales. Dentro de estos elementos inmateriales se puede incluir la clientela y las expectativas de ganancia entre otros. Tanto las expectativas de ganancia como la clientela se encuentran unidas indisolublemente a la actividad empresarial. Y por tanto también unido al negocio que está detrás de esa actividad. Esto explica que el valor de la empresa se vea formado no solo por el valor de los bienes materiales sino también por el de los inmateriales. Esto implica que el precio que el comprador pagó incluye también el valor que forman esos bienes inmateriales<sup>56</sup>.

Cuando una persona adquiere una empresa ya formada lo hace porque se asegura unas determinadas expectativas de ganancias. Así los motivos de una adquisición de empresa formada se derivan de que esa empresa ya tiene un valor y una reputación adquirida en el mercado. Se puede llegar a considerar que uno de los valores principales de esa empresa es la clientela y prestigio. De este modo se puede entender que quien adquiere una empresa lo hace queriendo atraer junto con los elementos materiales los inmateriales como es la clientela.<sup>57</sup>

Así la doctrina<sup>58</sup> entiende que dentro de las obligaciones del transmitente existe una inherente a la transmisión de un negocio que es la de no competencia. Esta obligación tendría la finalidad de evitar que la clientela que se transmite con el negocio se pierda. Vendría a implicar una prohibición de no hacer por parte del vendedor. Si este se retrae de llevar a cabo una conducta de competencia, el adquirente podría continuar sin ningún tipo de dificultad la actividad empresarial. Por tanto, no cabe que se vea limitada la actividad por el hecho de que el vendedor establezca un comercio. La finalidad de esto es asegurar los intereses legítimos del adquirente<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> STS 13 Jul 2013. V. nota 53.

<sup>56</sup> MIRANDA SERRANO, L y PAGADOR LOPEZ, J. “¿La prohibición de competencia se ha de pactarse expresamente en la compraventa de empresa para que sea exigible por el comprador?” Artículo extraído de la página web [www.ccopyme.org](http://www.ccopyme.org). Última fecha de consulta: 14/05/2016.

<sup>57</sup> *Ibíd.*

<sup>58</sup> *Ibíd.*

<sup>59</sup> SAP Badajoz de 11 de marzo de 1999.

Esta obligación de no competencia se encuentra dentro de las exigencias de la buena fe. Se incardina la no competencia dentro los artículos 57 Ccom y 1258 Cc. Estos artículos establecen que los contratos obligan a todas aquellas consecuencias que sean exigibles por la buena fe, el uso y la ley. Esto implica que los contratos no obligaran solo a lo expresamente pactado, sino también a lo derivado de la buena fe. La consecuencia de incardinar la no competencia en la buena fe es que pese a no pactarse será exigible al vendedor. De este modo sería contrario a la buena fe contractual que el transmitente con posterioridad intentase captar la clientela que cedió.

En cierto modo sería asimilable a la entrega de conocimientos técnicos. Si hace entrega de elementos técnicos después el vendedor no podrá hacer uso de ellos. Esto implica que el precio pagado por la adquisición de esos conocimientos no tendría ninguna validez. Pues el vendedor podría hacer competencia con esos conocimientos.

Para entender la exigencia de no competencia cuando no se pactó, debemos atender a lo expresado por la jurisprudencia. Así el TS en una sentencia<sup>60</sup> del año 2012 explica esta exigencia. Esta sentencia viene a expresar lo ya dicho con anterioridad. Los contratos que regulan transmisión de empresa implican la transmisión de todo lo que compone la empresa. Se incluye dentro de los componentes la clientela, que se entiende también adquirida la clientela.

Derivado de esto se exige una conducta dirigida a no desviar la clientela. Ni llevar a cabo actos que intervengan en las relaciones del comprador durante el tiempo preciso y en el espacio donde desarrolla la actividad. Se establece en esta sentencia que no hace falta pacto expreso, pues viene incardinada la no competencia dentro de la buena fe exigible a los contratantes.

Pues la transmisión de una empresa supone mantener en el mercado la situación competitiva desplegada antes por el transmitente y a raíz de la transmisión por el adquirente, que en otro caso no habría adquirido. Esto no impide que el transmitente una vez transcurrido el tiempo necesario desembarque en el mercado para desarrollar una actividad empresarial.

El TS en la misma sentencia establece de la siguiente manera lo expuesto anteriormente:

“61. En lo que aquí interesa, cuando los contratos regulan relaciones que comportan la transmisión de una empresa, clientela, know how, en los que la imposibilidad de entrega material impone al transmitente desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso y en el espacio o territorio en el que el transmitente desarrollaba su actividad, incluso si ello comporta una imposibilidad temporal de competir en determinados nichos del mercado

62. Incluso, de no estar expresamente pactadas, pueden llegar a entenderse exigibles al amparo de lo que disponen los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio (...)”

Por tanto, lo que implica es que la buena fe exigible al vendedor incluye el no ejercer la misma actividad en un determinado plazo y territorio. Así se cumple la finalidad por la cual se realizó el negocio. Pues el fin no es otro que el hecho de que el comprador pueda continuar con la actividad tal y como se venía realizando por el anterior titular. De este modo se protegen los intereses del adquirente.

La exigencia de no competencia no se desarrolla de forma indefinida en el tiempo. Pues esto supondría la vulneración de la libertad de comercio del vendedor. Se vienen a establecer unos determinados plazos durante los cuales no se puede ejercer competencia. Estos plazos atienden al tiempo que se considera necesario para que el nuevo titular asiente la clientela adquirida.

<sup>60</sup> STS de 18 de mayo de 2012 ( RJ 4006/2012).



En el supuesto es necesario determinar si nos hallamos dentro de esos plazos de no competencia. Pues si ya hubiese transcurrido el tiempo necesario doña Teresa no podría exigir a doña Soledad el cese de su actividad. Pese a que no existe pacto consideramos que atendiendo a que la exigencia de no competencia se deriva de la buena fe, se deben establecer límites para determinar su periodo de exigencia. Así para atender al límite temporal se tendrán en cuenta los plazos que se permiten establecer por parte de la legislación en esta materia. Es nulo y contrario a la buena fe todo acuerdo que se excediera de los plazos<sup>61</sup>.

Respecto a la legislación sobre competencia se debe atender a lo establecido por la LDC. Esta normativa viene a incorporar lo exigido por la Unión Europea en este ámbito. Así se debe tener en cuenta lo dispuesto no solo por la normativa nacional sino por la comunitaria. La legislación citada sobre competencia establece unos determinados plazos que limitan el tiempo de no competencia establecido en los pactos. Esto supone que los pactos entre vendedor y comprador no podrán exceder de la duración que establece la legislación.

No existe un único plazo, sino que hay dos los cuales se diferenciarán en función de lo que se transmita. Un primer plazo de dos años atendiendo a que se transfiera la clientela y el fondo de comercio. Y un segundo plazo cuando además de los ya dichos se transmitan conocimientos técnicos. Ello viene establecido de este modo por una Comunicación<sup>62</sup> de la Comisión de la UE respecto a restricciones en las concentraciones. Pero siendo común a cualquier pacto que no se puede establecer una duración de la prohibición de no competencia de carácter indefinido ni tampoco que sea superior a cinco años. En este sentido se establece en el artículo 5 del Reglamento de UE 330/2010<sup>63</sup> de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Además, se deben tener en cuenta los plazos del contrato de agencia. La jurisprudencia viene admitiendo la similitud entre ambas figuras. Así en la ya citada sentencia de mayo de 2012 establece la aplicación del plazo de dos años como límite a los pactos de no competencia. De este modo el artículo 20 de la ley reguladora de este contrato habla de como máximo dos años de duración de la prohibición de no competencia.

De esta manera, se entiende que durante dos años no se podrá ejercer la competencia. Pues es este el plazo que se entiende necesario para asentar la clientela por parte del adquirente. Así en el supuesto que tratamos, doña Soledad no deja pasar ese tiempo para la creación de una empresa, sino que pasó menos de un año. Por tanto, siendo la no competencia exigencia derivada de la buena fe, se podría solicitar el cese de la actividad por parte de la vendedora.

También se debe atender a cuál sería el límite espacial y de actividad. Pues la limitación como ya se dijo no podrá ser perpetua, sino que siempre se tendrá que hacer respecto a unos límites concretos. Así en la cuestión territorial el límite que se tiene en cuenta es el territorio donde venía ejerciendo la actividad el anterior titular<sup>64</sup>. Implica esto que solo podría exigirse la no competencia conforme a la buena fe dentro del territorio donde se asentaba la empresa. Por tanto, en el supuesto se estaría vulnerando también el límite espacial, pues la nueva empresa se asienta dentro de la misma localidad donde se desarrolla la actividad por parte del titular nuevo. Esto supone que la clientela se pueda derivar hacia la nueva empresa.

En cuanto al límite material también se debe establecer una delimitación. Dado que si establece de forma amplia la prohibición supondría que no podría ejercer ninguna actividad. Respecto a este límite solo se prohíbe la actividad en aquellos casos donde los productos o servicios prestados puedan hacer competencia frente a los desarrollados por la sociedad. Esto viene establecido por el reglamento ya citado de la unión.

<sup>61</sup> STS de 10 de febrero de 2009 (RJ 870/2009).

<sup>62</sup> Comunicación de la Comisión sobre restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración de 5 de marzo de 2005. Apartado 20.

<sup>63</sup> Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

<sup>64</sup> Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de octubre de 2007.

Por tanto, en el supuesto que nos ocupa el descenso de la clientela puede derivar un incumplimiento de la buena fe exigido a las partes contratantes. Esto basándose en que es exigible dentro de la buena fe la prohibición de competencia aun cuando no exista pacto entre las partes. De este modo se podría solicitar por un lado el cese de la actividad y por otro una indemnización derivada de los daños y perjuicios producidos por el descenso de la clientela.

## **V. Recapitulación**

En lo referente a la deuda por la obra no tendrá que hacer frente al pago pues no existe ningún pacto entre las partes. Ni se puede considerar que la adquirente se quisiese subrogar en la misma posición jurídica que tenía la anterior titular.

Por el contrario, doña Teresa sí tendrá que hacer frente a las deudas laborales, de forma solidaria con doña Soledad. Ello basándose en la aplicación de lo establecido en el artículo 44 ET. Esto implica que tendrá que proceder al pago de lo reclamado por parte de esos dos trabajadores despedidos antes de la transmisión.

Por último, respecto al descenso de la clientela por la apertura del negocio por parte de la vendedora se considera contrario a la buena fe. Esto es así basándose en que dentro de la buena fe se incluye la prohibición de competencia. Se tiene en cuenta que los contratos se deben desarrollar conforme a las exigencias que se puedan derivar de la buena fe.

## Capítulo 4. Denegación del derecho de información

### I. Introducción

Antes de comenzar con el supuesto conviene hacer un matiz respecto a la cuestión planteada. En la misma se habla de las posibilidades de nulidad de los acuerdos sociales. A nuestro parecer se debe hablar de acuerdos impugnables. La nueva redacción de la LSC no procede a diferenciar entre acuerdos nulos y anulables. Sino que habla simplemente de acuerdos impugnables.

Una vez realizada esta aclaración se van a exponer los hechos relacionados con la cuestión. Con fecha de 15 de junio de 2015 se celebra la Junta General Ordinaria de “A Tu Piel SL”, convocada con cumplimiento de los requisitos legales exigidos a tal efecto. Los socios don Alejandro y doña Inmaculada deciden solicitar por escrito, con fecha de 9 de junio del mismo año, el detalle de las partidas de ingresos que figuran en la cuenta de pérdidas y ganancias, que serán sometidas a aprobación en esta junta general. Pues sospechan que un almacén está siendo alquilado por un precio ínfimo a un primo de don Gonzalo, miembro éste del consejo de administración. La información solicitada es denegada alegando la confidencialidad de la misma, así como daños sociales derivados de su publicidad. Ante esta situación se pregunta cuáles son las posibles vías de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta, así como las actuaciones que pueden llevar a cabo los socios disconformes contra los administradores.

El dictamen dado a este caso es la impugnación del acuerdo por ser contrario a la ley. En concreto por una vulneración del derecho de información por no concurrir causa legal para su denegación. Respecto a las acciones frente a los administradores se actuará mediante una acción social e individual de responsabilidad, así como un delito societario.

Primero veremos las vías de impugnación del acuerdo social, procediendo a continuación a establecer las acciones contra los administradores.

### II. Impugnación del acuerdo social

#### 1. Acuerdo contrario a la ley

Para emitir un dictamen sobre el problema que nos asiste será de aplicación lo dispuesto en el artículo 204.1 LSC, relativo a la impugnación de acuerdos por ser estos contrarios a la ley, si bien, en este concreto supuesto los acuerdos adoptados vulneran la disposición legal contenida en el artículo 272.3 LSC, en relación con el 196 de la misma ley, al negarles a los socios la información solicitada cuando tal denegación no procedía basándose en lo dispuesto en ese precepto.

El citado artículo 204.1 recoge la previsión de que un acuerdo sea objeto de impugnación cuando vaya en contra de la ley. Este precepto habla genéricamente de ley, sin especificar que legislación podrá dar lugar a una impugnación. La cuestión fue resuelta ya por la doctrina respecto a las anteriores regulaciones de las sociedades de capital. Esto fue resuelto en torno a la ley de sociedades anónima de 1951. Así se establece que no importa donde se encuentre la norma infringida, sino que lo esencial es que esta sea de aplicación al caso, además tal norma sea imperativa.

Una vez visto que se entiende por ley, se debe analizar cuál es el concreto precepto vulnerado. En el supuesto nos hallamos con una vulneración de la LSC, concretamente una vulneración del artículo 196 y del 272, siendo ambos relativos al derecho de información. Para comenzar se debe explicar el derecho de información general para irse aproximando a este derecho en su aplicación sobre las cuentas anuales.

El artículo 196 de la LSC recoge el derecho de información que asiste a todo socio en virtud del cual los partícipes de una sociedad pueden solicitar, tanto por escrito, o verbalmente en el propio

acto de la junta, toda información que esté relacionada con el orden del día publicado junto con la convocatoria. Asimismo, en el mencionado precepto se hace alusión al derecho que tienen los administradores para negar tal información en caso de que la misma pueda generar algún tipo de perjuicio para la sociedad. Pese a esto la denegación no cabe cuando la solicitud este apoyada por socios que representen al menos el 25 % del capital social.

La citada ley específicamente recoge este derecho en relación con la aprobación de las cuentas anuales. Establece en su artículo 272 la posibilidad que tienen los socios de obtener de forma inmediata y gratuita aquellos documentos contables que van a ser objeto de aprobación en junta, así como el derecho que asiste a los que representen al menos el 5 % del capital para revisar tales datos en el domicilio social.

Explicado esto sería lo que recoge la ley respecto a este derecho. Pero para entender mejor cuál es su alcance se debe analizar lo dicho por la jurisprudencia. Esta no fue estática respecto a la interpretación de este derecho, sino que fue evolucionando. La interpretación “vigente” en ese momento se remonta al año 2013 cuando el TS dictó una sentencia<sup>65</sup> donde daba un nuevo concepto a tal derecho. La sentencia mencionada rechaza una concepción restrictiva del derecho de información. Expresa que se trata de un derecho autónomo con una función instrumental respecto al derecho de voto. Así este derecho de información sería el medio para poder tomar las decisiones adecuadas. No abarcando este solo la posibilidad de recibir respuesta a las preguntas formuladas por los socios, sino que los mismos pueden solicitar documentación y tienen derecho a recibir esos datos.

Quizás el fundamento del derecho de información se encuentre en el interés del socio por conocer de la forma más exacta posible cómo marcha la sociedad en la que ha invertido su dinero, para así poder adoptar las decisiones más pertinentes teniendo en cuenta el estado económico de la empresa, y así poder conseguir el fin social por ella perseguido.

Pero este derecho de información en relación con las cuentas anuales adquiere unas características especiales. Se reconoce una extensión más amplia del mismo como ya se expresó al ver lo dispuesto por la ley. La sentencia ya mencionada de 2013 establece de forma más concreta el alcance del derecho de información respecto a las cuentas anuales. Lo esencial es destacar que se entiende este derecho del 272 como una interpretación amplia del recogido en el 196.

Distintas opiniones jurídicas expuestas por las Audiencias Provinciales entienden la existencia de dos modalidades de derecho de información. Una primera la del 196 y otra la del 272. Respecto a la primera implica el derecho del socio a solicitar informes del órgano de administración dando respuesta a las cuestiones que se le plantee. Mientras que la segunda implica la opción de verificar las cuentas mediante un examen del soporte originario de las mismas. Cabe destacar lo dicho por la AP de Madrid<sup>66</sup>:

“(…) no confundir el derecho a recabar informes por escrito sobre aspectos puntuales (196 LSC) con el derecho a exigir con ocasión de las cuentas anuales, los documentos que van a ser sometidos a la aprobación de la junta (272.2 LSC).”

Se puede entender además que el derecho de información ejercido por el socio con carácter previo y por escrito no es limitado a la entrega de los documentos que se deben aprobar. Pues incluye también la puesta en conocimiento de aquellos datos contables sin los cuales no se podrá valorar de forma correcta los datos globales<sup>67</sup>.

Así se viene entendiendo que desde el mismo momento en que se deniega la información se

<sup>65</sup> STS de 19 de septiembre de 2013 (Red 143/2010).

<sup>66</sup> SAP Madrid de 6 de febrero de 2015 (RJ 35/2015).

<sup>67</sup> SAP Barcelona de 20 de mayo de 2015 (RJ 134/2015).

está vulnerando el derecho del socio. Esto con independencia de que después se intente subsanar. De este modo desde que se denegó la información se provoca un vicio en el acuerdo que se adoptó en relación con el asunto en el que se produjo esa vulneración.

A la vista de las sentencias se puede llegar a concluir que el derecho de información unido a las cuentas anuales es un derecho esencial, instrumental, imperativo e irrenunciable. De esta manera se expresa la DGRN<sup>68</sup> en distintas resoluciones sobre el concepto de derecho de información.

Pero nos encontramos con que no toda vulneración de este derecho es susceptible de impugnación. En esta línea el artículo 204.3 b) establece que solo será motivo de impugnación cuando el contenido de la información solicitada revista carácter esencial.

La cuestión que surge entonces es determinar qué se entiende concretamente por esencial. Cuando se habla de esencial no se trata de algo relevante sino más bien de algo decisivo. Se entiende que será decisivo aquello que de haberse proporcionado de manera correcta, tuviera como consecuencia un cambio en el sentido de voto del socio. Algunos autores como Manuel García Villarubia<sup>69</sup> al analizar este concepto lo asimilan a la Ley de Sociedades Alemana. Esta ley en su artículo 243 dice que lo decisivo para considerar nulo un acuerdo es si un accionista que actuase objetivamente y que conociera las circunstancias que constituían el objeto de su solicitud de información habría votado en sentido diverso.

De este modo se considera esencial toda información que si se conociera habría dado lugar a un cambio en el sentido de voto. Pues bien, en el supuesto que nos hallamos se debe determinar si la información denegada tendría el carácter de esencial. Se puede considerar que sí sería esencial para los socios. Esto se entiende así pues si llegan a conocer verdaderamente lo que sucede con el local podrían estar de acuerdo con ese ingreso. Esto supone que si ambos socios conocieran la verdad sobre el alquiler podrían llegar a votar a favor de las cuentas anuales. De este modo se entiende que votaron en sentido negativo al desconocer los datos sobre esa partida de ingresos derivada del alquiler.

Además, se debe tener en cuenta cuál es la justificación realizada por el órgano de administración para denegar esa información. Estos niegan la entrega de la información basándose en que es de carácter confidencial y que su publicidad puede ser perjudicial. Se debe decir que sí se reconoce la denegación de acuerdo con la existencia determinadas causas. Pero en el caso de socios que representen más del 25 % del capital social ninguna causa permite su denegación. En el caso de Inmaculada y Alejandro ambos representan más de esa parte del capital social. Esto implica que bajo ninguna causa legal se les podría denegar la información. También se ha de tener en cuenta que respecto a la información en las cuentas anuales se permite que los socios que representen más del 5 % del capital las examinen. No solo incluyendo las propias cuentas sino también todos aquellos documentos que sirvieron de soporte a estas.

Respecto a la alegación de confidencialidad se debe partir del hecho de que las cuentas anuales son públicas. Como se recoge en el artículo 254 LSC las cuentas anuales, documento pedido, por los socios están sometidas al depósito en el registro mercantil por parte de los administradores de la sociedad. Se establece en la misma ley el carácter público de tales documentos (281 LSC). Por tanto, no es coherente negar la entrega de los datos alegando la confidencialidad. Pues estos datos contables se hacen públicos a través de su depósito en el registro mercantil. Esto implica que cualquier persona puede acceder a tales datos a través del registro mercantil. Por tanto, si una persona ajena puede conocer esos documentos como no los va a conocer el propio socio.

<sup>68</sup> Resolución DGRN de 16 de noviembre de 2002; Resolución DGRN de 18 de febrero de 2015.

<sup>69</sup> GARCIA VILLARUBIA, M, "EL derecho de información del socio como fundamento de la impugnación de acuerdos sociales". Artículo extraído de la página web [www.uria.com](http://www.uria.com). Última fecha de consulta: 30/04/2016.

Visto que la información se considera esencial y que no existe causa legal para denegarla consideramos que se pueden impugnar los acuerdos por esta vía. Esto sobre la base de que están viciados por ser adoptados infringiendo lo establecido en la ley.

## **2. Acuerdo lesivo para el interés social**

Esta posibilidad de impugnación viene recogida en el citado artículo 204 pero en su apartado primero. Este establece que serán impugnables aquellos acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Pero para entender cuando se produce tal acuerdo lesivo se deberá atender a lo establecido por la doctrina y por la jurisprudencia<sup>70</sup>. Por parte de esta se vienen exigiendo tres requisitos para impugnar por esta vía.

En primer lugar, se exige una lesión directa al interés social. Surge el problema de determinar que se entiende por interés social. Se entiende como la suma de los intereses de cada uno de los socios. La lesión exigida no tiene por qué ser de carácter económico, sino que puede ser cualquier tipo de lesión, ya sea en el ámbito profesional o en el político-social.

En segundo lugar, se establece la necesidad de que se obtenga un beneficio. Este puede recaer o bien en los socios o bien en un tercero ajeno a la sociedad. Al igual que la lesión no tiene que ser exclusivamente de carácter patrimonial, sino que es válido también la obtención de ventajas de carácter político-social o profesional.

En último lugar se requiere una relación de causalidad entre el perjuicio sufrido por la sociedad y el beneficio obtenido por el socio o tercero.

Respecto al supuesto que se plantea si el almacén se está alquilando a un precio ínfimo y se consigue demostrar este hecho, esto daría lugar a que se produzca un perjuicio económico. Ello derivado de que la sociedad obtiene unos beneficios más bajos de los que debería obtener por ese bien social. De forma que se lesiona al interés de la sociedad al tener esta una partida de ingresos más baja de la que le correspondería.

## **3. Acuerdo contrario al orden público**

Dentro de la categoría de acuerdos contrarios a la ley se encuentra esta posibilidad. El problema que se plantea es determinar la concreta noción de orden público. No existe una única concepción, sino que por parte de los Tribunales se establecieron varias interpretaciones. A fecha actual se distinguen hasta dos formas distintas de entender tal noción, que son las siguientes:

1. ° Se configura tal noción como integrada por principios jurídicos. Aquellos principios que sean obligatorios para la conservación de un orden social y que no se encuentren establecidos en la ley y que estén vigentes en un tiempo y un pueblo determinado<sup>71</sup>.

2. ° Se vincula este concepto con la Constitución. De tal manera que se entiende que el orden público está formado por los derechos fundamentales recogidos en tal norma.<sup>72</sup>

Se estableció una aplicación concreta de esta noción en el ámbito societario. El TS entiende que se debe establecer una conexión entre orden público y los principios que regulan el orden societario. Todo ello para impedir la lesión de los derechos y libertades del socio<sup>73</sup>

Esta aplicación del orden público es válida para este supuesto. Pero el problema surge al determinar qué concreto principio entendemos que se vulneró. No se encuentra que principio protege el derecho de información de los socios. Además, se debe tener en cuenta que esta vía de

<sup>70</sup> STS de 19 de febrero de 1991 (RJ 1511/1991); STS de 7 de diciembre de 2011 (RJ 3521/2012).

<sup>71</sup> STS de 11 de abril de 2003 (RJ 3269/2003).

<sup>72</sup> STS de 3 de abril de 2003 (RJ 2769/2003).

<sup>73</sup> STS de 19 de abril de 2010 (RJ 3538/2010).

impugnación no es la más admitida por parte de la jurisprudencia. Se considera mejor no impugnar el acuerdo por esta vía.

#### **4. Cuestiones procesales**

Respecto al plazo para el ejercicio de esta acción se debe atender a lo dispuesto en el artículo 205 LSC. Este establece un año como plazo de caducidad. Excepto que las circunstancias, causa o contenido resultasen contrarias al orden público. En el supuesto que tratamos no se produjo el paso de un año. Por tantos seguiría siendo posible la acción de impugnación de los acuerdos sociales.

Para plantear esta acción se encuentran legitimados todos los que sean socios al tiempo de la adopción de tales acuerdos. Además de que representen más de 1 % del capital social. En el caso ambos son socios en el momento de adopción y tienen más de ese porcentaje de capital social.

El procedimiento para llevar a cabo esta impugnación es el ordinario. Es necesario para poder determinar el carácter esencial de la información una cuestión incidental de previo pronunciamiento tal y como recoge el artículo 204 LSC. El órgano judicial competente para tal impugnación será el Juzgado de lo Mercantil del lugar donde tenga el domicilio la sociedad según lo dispuesto por la LOPJ en el artículo 86 ter.

### **III. Medidas frente a los administradores**

Existen dos cauces por los cuales actuar contra los administradores. Por una parte la vía civil, mediante la interposición de las pertinentes acciones de responsabilidades establecidas en la LSC. Y por otra la vía penal, por la comisión de un delito societario tal y como recoge el CP. Se procede a continuación a explicar cada una de ellas.

#### **1. Vía civil**

La LSC en los artículos 236 a 241 bis establece la responsabilidad de los administradores por la realización de daños que causen por actos u omisiones contrarios a la ley. Así como también por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo. Siempre que en los actos medie dolo o culpa por parte del sujeto actuante.

En el supuesto planteado nos encontramos con un acto contrario a la ley y que su vez va en contra de los deberes inherentes al cargo. El acto sería la denegación de información a los socios, cuando la ley exige que sea entregada al no existir causa legal que ampare su denegación. El incumplimiento de los deberes se produce en relación con el deber de diligencia. Este deber exige que el administrador lleva a cabo sus funciones cumpliendo lo establecido en la ley.

Como se vio en los hechos el acuerdo fue ratificado por la junta general. Pese a esto no se impide que se lleven a cabo acciones contra los administradores. Pues como expresa el artículo 236.2 LSC no se exige de responsabilidad a los administradores, aunque la junta autorizara o ratificara el acto o acuerdo. En palabras de Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte lo que se pretende establecer es una independencia entre el órgano de administración y los acuerdos de la junta general. No se puede esperar por parte de la administración de la sociedad que se sane la ilicitud por parte de un acuerdo de la junta<sup>74</sup>.

La responsabilidad cuando el órgano de administración es un consejo, será solidaria si no se establece lo contrario. De tal forma que responderán todos respecto de los actos y acuerdos adoptados en el seno de este órgano. Pero se establece una excepción. Sería el caso de que el administrador pueda demostrar que no tomó parte en él, que se opuso o bien que hizo lo posible para evitar los daños. En el supuesto se considera que será de aplicación responsabilidad solidaria para todos los socios.

---

<sup>74</sup> SANCHEZ CALERO, F/ SANCHEZ.CALERO GUILARTE, J, *Instituciones de derecho mercantil*, Volumen I, Navarra, 2013, pág. 533.

Realizadas estas aclaraciones, se debe decir que existen dos acciones distintas para actuar frente los administradores. Cada una de ellas va dirigida a proteger intereses distintos. La acción social va a proteger los intereses de la sociedad. Mientras que la individual se ejerce cuando los lesionados son los intereses de cada uno de los socios.

### **1.1. Acción social**

Se trata de una acción recogida en el 236 en relación con el 238. Esta se podría ejercitar cuando la sociedad vea lesionados sus intereses por un acto de los administradores. Para su ejercicio se requiere previo acuerdo de la junta general. Este deberá adoptarse por mayoría absoluta tal y como requiere la LSC. Sin embargo, se excepciona esta posibilidad cuando la acción se base en la infracción del deber de lealtad. Estando legitimados en este supuesto los socios que tengan capacidad para solicitar la convocatoria de la junta general.

Para el ejercicio de esta acción se requiere el cumplimiento de una serie de requisitos. Estos fueron establecidos por parte de la jurisprudencia<sup>75</sup> siendo los siguientes:

1. ° Producción de un daño bien sea real o inminente para el patrimonio social.
2. ° Incumplimiento de las obligaciones por acto u omisiones contrarios a la ley o estatutos.
3. ° Relación de causalidad entre el daño y el ilícito. Esto implica que la producción del acto o la omisión tengan repercusión en los intereses de la sociedad.
4. ° Que el daño sea cuantificable por parte de quien vaya a interponer la demanda de acción social.

Se requiere que se demuestren estos requisitos para el ejercicio de dicha acción. En el supuesto se deberá demostrar que la negación de la información produjo un daño para la sociedad. Esto derivado del desconocimiento de que el almacén se estaba alquilando a un precio ínfimo. El perjuicio para el patrimonio podría venir dado porque se está obteniendo unos menores beneficios por ese bien social. Lo que implica unos menores ingresos para la sociedad. Por tanto, se podría ejercer esta acción siempre que se pueda demostrar que efectivamente se produce este alquiler y que además se daña de forma patrimonial a la sociedad.

### **1.2. Acción individual**

Sería esta la acción que correspondería llevar a cabo cuándo los intereses lesionados son los particulares de cada socio. No es una acción subsidiaria a la social, sino que son acciones distintas que cubren lesiones diferentes. De tal forma que sin perjuicio de ejercitar la acción social, los socios podrán ejercer esta acción cuando sus intereses se vean lesionados. Esta acción viene establecida en el LSC en su artículo 241. Se permite el ejercicio de esta acción para exigir la indemnización por el daño que se produjera a los intereses de los socios.

Respecto a los requisitos para el ejercicio de esta acción establecidos por parte de la jurisprudencia<sup>76</sup> y la doctrina<sup>77</sup> son los siguientes:

1. ° Daño directo a un socio. Recae en el socio la obligación de probar el daño causado.
2. ° Acto u omisiones de los administradores en el ejercicio de su cargo.
3. ° Ilícitud de la acción u omisión

<sup>75</sup> STS de 26 de diciembre de 2014 (RJ 5724/2014); STS de 2 de junio de 2015 (RJ 2735/2015).

<sup>76</sup> STS de 3 de marzo de 2016 (RJ 259/2016).

<sup>77</sup> SANCHEZ CALERO, F/ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J, *Instituciones de derecho mercantil*, Volumen I, Navarra, 2013, pág. 540.



4. ° Relación de causalidad entre el acto ilícito del administrador y el daño sufrido por el socio.

Uno de los elementos claves para el ejercicio de esta acción es el daño. Lo importante es determinar qué tipo de daño se exige que se produzca. Se viene exigiendo que el socio sufra un daño patrimonial según la jurisprudencia<sup>78</sup>. De este modo para poder exigir responsabilidad por esta vía se debe demostrar por parte del socio que sufrió un daño a su patrimonio.

En el supuesto no se puede apreciar un daño al patrimonio del socio. Pues a la luz de los datos nada se dice acerca de si sufrió algún tipo de merma o perjuicio. Lo único que podríamos entender es que se produjo un perjuicio potencial para el socio. Esto se derivaría de que el almacén se está alquilando a un precio inferior. Esto provocaría que se obtuviera un menor beneficio para la sociedad y como consecuencia tenga un menor enriquecimiento. Por tanto a la hora del reparto de beneficios estos sean menores para los socios.

## **2. Vía penal**

El CP en su artículo 293 recoge un tipo penal basado en la vulneración de los derechos de los socios. Entre otros recoge la vulneración del derecho de información. Por este delito podrán ser condenados los administradores que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de sus derechos. La pena será de multa de entre seis y doce meses. Aunque siendo similar tiene una importante diferencia con la acción de responsabilidad social. Pues en este tipo penal tal y como viene redactado no se exige ningún tipo de daño patrimonial. Simplemente se requiere que el administrador niegue el derecho del socio sin causa legal.

Respecto al bien jurídico protegido según lo expuesto por los tribunales este tipo penal responde a la finalidad de proteger a los socios. Más concretamente proteger los derechos e intereses de los socios que son ajenos al grupo de control de la sociedad. Así se trataría de la tutela penal de los derechos de cada uno de los socios<sup>79</sup>. En referencia al sujeto pasivo será el socio de una empresa. Entendiendo por socio toda aquella persona que sea titular de una participación del capital social.

En cuanto a la acción que será objeto de este tipo penal, es la de realizar actos de negación o impedir el ejercicio de los derechos a los socios. El acto de negar se trata de que no se reconoce el derecho al socio. Mientras que impedir si es reconocido, pero se obstaculiza el ejercicio. La conducta típica debe ser de tal gravedad que imposibilite el adecuado ejercicio del derecho de voto y el control de la sociedad que se les reconoce a los socios por parte de las leyes mercantiles.

La acción tipo en relación con el derecho de información solo cabe cuando hubo una previa petición o requerimiento para que se entregara la información, y esta fue negada por el órgano de administración. Además, para hallarse dentro de esta conducta típica se requiere que se deniegue la información sin que concurra causa legal para ello. Para entender qué causas legales pueden ser válidas para negar la información hay que remitirse a las leyes fuera del ámbito penal. Así habrá que remitirse a la LSC y otras leyes mercantiles para conocer estas causas. En el supuesto si existe esa petición previa de información por parte de los socios.

Respecto a las causas legales, atendiendo a lo dispuesto en la LSC se permite la denegación cuando pueda producirse una lesión al interés social y cuando su publicidad sea perjudicial. Pero se exceptúan estas causas cuando los socios representen más del 25 % del capital social. En el caso no existiría ninguna causa legal que ampare la negativa a entregar la información. Pues ambos socios representan más el 25 % del capital. Hallándonos entonces dentro de la conducta típica que recoge este artículo del CP.

<sup>78</sup> STS de 4 de diciembre de 2013 (RJ 1835/2014). SAP Zaragoza de 21 de mayo de 2015 (RJ 228/2015).

<sup>79</sup> SAP Barcelona de 22 de marzo de 1999 (ARP 1773/1999).

No se exige ningún tipo de comportamiento reiterado. Esto implica que basta con que se niegue una vez la información. Además, tampoco se requiere ningún tipo de intención de perjudicar al socio<sup>80</sup>, sino que se requiere simplemente la negación

Una cuestión que planteó mucha polémica entre la doctrina es el hecho de que no se exija ningún tipo de daño patrimonial para ser condenado por este delito. De este modo el delito se consumaría con el simple hecho de negar o impedir la información sin concurrir causa legal. El tema es polémico pues se considera desproporcionada la medida, sobre todo si se compara con la medida de civil.<sup>81</sup>

Se debe decir que la jurisprudencia tiene tendencia a llevar a cabo una interpretación muy restrictiva de los elementos del tipo. Ello basado en que el derecho penal se considera la última *ratio*. Se llegó incluso a situaciones donde se exigía que para aplicar este tipo penal se hubiesen llevado primero a cabo las correspondientes medidas civiles<sup>82</sup>.

Sobre la base del carácter de última *ratio* del derecho penal se impone por parte de la jurisprudencia que no toda negativa puede constituir un delito. Solo será delito en aquellos supuestos donde se produzca una clara negativa del derecho. Esto implica una efectiva limitación de los derechos del socio. Así se considera que integra el delito aquella denegación del derecho de los socios a informes que estimen precisos respecto al orden del día o la de obtener cualquier documento que se deba aprobar por parte de la junta general. De este modo solo se podrá aplicar este tipo penal cuando la información negada fuese de tal importancia que dificultara el ejercicio del resto de derechos.

Respecto a la aplicación de este tipo al supuesto consideramos que, si puede ser válida, atendiendo a que se dan los elementos del tipo. Pues existe una denegación de información que no tiene causa legal que la ampare. Además, que se niega una información considerada de importancia para los socios respecto a la aprobación de las cuentas anuales. Pues para ambos era necesario conocer datos sobre ese alquiler, en orden a aprobar las cuentas anuales. Pese a esto se debe reconocer que esta vía es demasiado grave para los hechos que se producen.

### **3. Cuestiones procesales**

La responsabilidad será exigible durante cuatro años desde que se produjeron los actos que fueron susceptibles de producir el daño, como establece por el artículo 241 bis LSC. La competencia respecto al planteamiento de las acciones de responsabilidad social e individual será para el Juzgado de lo Mercantil del domicilio social según lo dispuesto por el artículo 86.2.a) ter LOPJ. Mientras que para la cuestión penal será el Juzgado de lo Penal del lugar de donde se produjera el hecho tal y como establece la LECrim en su artículo 14.

### **IV. Recapitulación**

Con los datos que se nos dan se puede concluir que se produce una vulneración del derecho de información de los socios, por no realizar la entrega de esta cuando la ley lo establece de forma obligatoria. Así lo más adecuado sería impugnar los acuerdos por ser contrarios a ley, al producirse un vicio en su adopción.

Respecto a la actuación contra la administración se optaría en primer lugar por el ejercicio de una acción social y en defecto de esta la individual. Se requiere para ello acreditar los requisitos exigidos que fueron mencionados. En lo referente a la acción penal se considera más favorable dejarla como última opción, atendiendo a que el ámbito penal es la última *ratio* del derecho.

<sup>80</sup> STS de marzo de 2013 (RJ 3182/2013).

<sup>81</sup> FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptado a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 296-297.

<sup>82</sup> SAP Madrid de 12 de diciembre de 2012. (JUR 28808/2013).

## Capítulo 5. Reclamación de un crédito

### I. Introducción

Se pregunta acerca de cuáles serían las posibilidades que tienen los acreedores de "A tu medida SL" de cobrar su crédito y contra quien se puede dirigir.

Nada se dice acerca de a qué tipo de crédito tiene que hacer frente la sociedad. Ni tampoco se hace referencia alguna a si esta se encontrará en algún tipo de situación que pudiera dar lugar a la declaración de un concurso de acreedores. Por tanto, parece que simplemente se exige un dictamen acerca de las distintas vías a través de las cuales reclamar el pago de tal crédito.

En respuesta a esta cuestión nos hallamos con distintas vías de reclamación que varían en función del tipo de crédito. Se procede a continuación a analizar las vías para reclamar tal crédito. Diferenciándose entre la vía extrajudicial y la judicial.

### II. Vía extrajudicial

Antes de acudir a los tribunales para reclamar el crédito se podrá acudir por la vía del requerimiento de pago, el cual viene regulado en la LEC en los artículos 580 a 583. Se puede considerar como la forma amistosa de reclamar deudas. Este requerimiento es una carta o comunicación dirigida por el acreedor al deudor. Este medio de reclamación se puede realizar para cualquier tipo de deuda, con independencia de que conste o no acreditada documentalmente o cual sea su cuantía.

Este requerimiento para que sea válido deberá tener unas determinadas características y cumplir unos requisitos, tanto respecto a su contenido como en la forma de su remisión al deudor.<sup>83</sup>

Respecto a su contenido deberá recoger unos determinados datos. Tiene que contener la fecha en que se efectúa tal requerimiento; los datos del acreedor; los datos del deudor; así como contener los aspectos relativos a la deuda. En lo referente a estos se debe establecer la cuantía, concepto, el origen, plazo de vencimiento, y en su caso si generó algún tipo de interés. Se debe expresar también el plazo que se le otorga el deudor para efectuar el pago del crédito. Se considera conveniente hacer constar que en el caso de que el deudor no responda al requerimiento se reclamará judicialmente.

En cuanto al aspecto formal, lo más importante es que el requerimiento debe ser fehaciente. Debe de quedar constancia de su remisión y recepción además de constar el contenido de tal documento<sup>84</sup>.

No existe un único modo respecto a los medios para hacer llegar tal requerimiento al deudor. Pero si se debe decir que se considera que existen dos medios que son los más idóneos. Esto es así porque permiten acreditar el contenido, así como la recepción del mismo por el deudor. Serían el requerimiento notarial y el realizado mediante burofax.

En el requerimiento notarial el propio notario acudirá en persona a realizar la entrega de la notificación. Este dará fe tanto de la realización del envío, de la fecha, así como del contenido de la comunicación. La ventaja principal es que el requerimiento se considerará realizado pese a no hallarse nadie en el domicilio o nadie se quiera hacer cargo. El notario podrá así mismo recoger en el acta la posible contestación que realice el destinatario<sup>85</sup>.

La segunda forma es llevar a cabo el requerimiento mediante burofax. Ofrece muchas

<sup>83</sup> STS de 28 de mayo de 2014 (RJ 302/2014).

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Resolución DGRN de 5 de julio de 2013.

garantías en cuanto a la constancia. Permite acreditar la realización del envío, la fecha de emisión, así como la de recepción. Viene a permitir por tanto acreditar la constancia de que fue recibido por el destinatario. Goza de un sistema de acuse de recibo y de certificación del contenido de la comunicación enviada. Esta certificación podrá ser utilizada como prueba en cualquier proceso judicial.

El requerimiento de pago tiene como fin, como ya se dijo, evitar acudir ante los tribunales. Se trata de un proceso más rápido y de fácil realización. Además de que tiene menos costes que cualquier proceso judicial.

### **III. Vías judiciales**

Existen tres procedimientos a través de los cuales hacer efectivos la reclamación de deudas. Se distinguen así entre procedimiento cambiario, monitorio y declarativo. Dentro del procedimiento declarativo habrá que distinguir entre verbal y ordinario en función de la cuantía que sea objeto de reclamación.

#### **1. Juicio cambiario**

Es un proceso especial destinado a lograr el cobro de un derecho de crédito estipulado en un título valor, de los recogidos en la LCCh. Se encuentra regulado en el libro IV de la LEC relativo a los procedimientos especiales, más concretamente en el artículo 819 a 827 de esta ley.<sup>86</sup>

Este juicio comienza con la presentación de una demanda sucinta, a la cual debe acompañar el título valor. La presentación del título es un requisito esencial, de tal forma que no se admitirá la demanda sino se encuentra adjuntado. La demanda se tiene que presentar ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandante.

En el momento que tal demanda es recibida por el juez, este examinará que el título-valor cumple los requisitos exigidos en la LCCh. Si lo encuentra conforme a tales normas, mediante resolución adoptara las siguientes medidas:

1. ° Requerir al deudor para que en diez días pague la cantidad que adeuda.

2. ° Embargo preventivo de los bienes del deudor. Pero solo de aquellos necesarios para cubrir la cuantía principal y los intereses.

Ante esto el deudor puede llevar a cabo tres conductas distintas. El optar por una o por otra implicará un devenir distinto para el proceso. Las conductas son las siguientes:

1. ° Opta por pagar. Se pondrá a disposición del acreedor la cantidad adeuda, entregando como contrapartida a éste el título-valor presentado.

2. ° Opta por oponerse. Con carácter previo a la oposición el deudor puede personarse en el juzgado, dentro de los cinco días siguientes al requerimiento. Lo puedo hacer para negar la autenticidad de su firma. Se le viene a ofrecer la posibilidad de negar la veracidad de la obligación cambiaría.

Los motivos de oposición son los establecidos en la LCCh. Del escrito de oposición se le da traslado al acreedor, citando a ambas partes a una vista. Si el deudor no comparece se le tendrá por retirada su oposición.<sup>87</sup>

Si se realizó tal oposición el juicio finalizará por sentencia, bien admitiendo o desestimando la oposición. Si se estima no se despachará ejecución contra el deudor. Produciéndose también el

<sup>86</sup> Modelo de demanda anexo 3.

<sup>87</sup> STS de 9 de julio de 2014 (Rec 2415/2012).

alzamiento del embargo. Por el contrario, si se desestima se despachará ejecución. La sentencia será ejecutiva sin que quepa la suspensión pese al recurso de alguna de las partes.

3.º No paga ni se opone. Si se produce esta situación se despacha ejecución. Esta ejecución se llevará a cabo con la finalidad de poner en manos del acreedor las cantidades adeudadas.

El juicio cambiario es un proceso especial, no pudiendo conocerse otra cuestión distinta en el mismo proceso. Las cuestiones que fueron planteadas y discutidas en este no podrán plantearse en un posterior juicio<sup>88</sup>.

## **2. Juicio monitorio**

Se trata de un procedimiento judicial que es una vía rápida y ágil para la reclamación de deudas de carácter dinerario. Se encuentra regulado por la LEC en su artículo 812 a 818.<sup>89</sup>

A través de este procedimiento no se podrán reclamar cualquier tipo de deudas. Solo podrán llevarse por esta vía la reclamación de deudas dinerarias líquidas (expresadas numéricamente o fácilmente determinable la cantidad), determinadas (se sabe con precisión el montante), vencidas (superado el plazo para su pago) y exigibles (deudor obligado a su pago).

Para poder iniciar este proceso la deuda que se vaya a reclamar debe venir acreditada de forma documental en base al principio de prueba. La deuda se debe acreditar mediante cualquier de los siguientes documentos:

- 1.º Mediante documentos que aparezcan firmados por el deudor, sello o cualquier otra marca que permita identificarlo.
- 2.º Facturas, albaranes de entrega, burofax, telegramas o cualquier otro documento que sea habitual entre el acreedor y deudor para documentar la deuda y créditos.
- 3.º Documentos donde se acredite la relación anterior entre las partes.

El juicio monitorio comenzará con una petición que hace el acreedor de la deuda. En esta petición se debe hacer constar la identidad del deudor, el domicilio de ambas partes, el origen y cuantía de la deuda, y documentos que acrediten tal deuda. Para esta petición no se requiere abogado ni procurador, pues el acreedor puede reclamar a través de modelos normalizados.

Admitida la petición, el Secretario Judicial requerirá al deudor para que efectúe el pago. Dándole un plazo de veinte días. En este plazo pueden darse varias situaciones distintas, las cuales afectarán al devenir del proceso.

1. Opta por pagar. Abonada la deuda y acreditado este hecho se procederá a archivar el procedimiento.
- 2.º No pague ni se oponga. Se procederá a declarar el proceso terminado. El acreedor puede iniciar la ejecución de esa cantidad mediante el embargo.
- 3.º Opta por oponerse. El deudor se persona en el juzgado alegando por escrito motivos por los que declara que no adeuda ninguna cantidad. Dicho escrito deberá ir firmado por procurador y abogado si la cuantía excede de 2000 euros. En este caso se pone fin al procedimiento continuando por los trámites del procedimiento declarativo.

<sup>88</sup> “Juicio cambiario”. Texto extraído de la página web [www.guiasjuridicas.wolterskluwer.es](http://www.guiasjuridicas.wolterskluwer.es). Última fecha de consulta: 31/05/2016.

<sup>89</sup> SEVILLA CACERES, F., “El juicio monitorio”. Artículo extraído de la página web [www.mundojuridico.info](http://www.mundojuridico.info). Última fecha de consulta: 1/06/2016.

Si la cuantía es hasta 6000 euros irá por los trámites del verbal. Entonces el Secretario Judicial dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y acordando seguir la tramitación por juicio verbal. Dando traslado de la oposición al actor quien podrá impugnarlo por escrito en el plazo de 10 días.

Si la cuantía fuese superior a la cantidad citada se ira por los cauces del ordinario. El peticionario tendrá el plazo de un mes para interponer la demanda desde que se le dio traslado del escrito de oposición.

En caso de transformación en un juicio declarativo el proceso monitorio con las especialidades ya expuestas continuará por el proceso verbal u ordinario según corresponda.

### **3. Juicio verbal**

Se tramitan por esta vía las cuestiones referentes a reclamación de cantidad inferior a 6000 euros. Este procedimiento se encuentra regulado en los artículos 437 a 477 de la LEC. No se precisará la intervención de abogado y procurador cuando la cuantía a reclamar no exceda de 2000 euros.<sup>90</sup>

Para iniciar este proceso se tiene que presentar una demanda. Cuando se trate de una cuantía inferior a 2000 euros se podrá iniciar el juicio mediante la formulación de una demanda sucinta, utilizándose para ello los modelos de impresos normalizados<sup>91</sup>. En tal demanda se tiene que hacer constar los datos personales de ambas partes, de forma breve los hechos o motivos en los que se basa la reclamación y por último debe constar la cantidad que reclama, y en su caso intereses y costas. Se deberá acompañar además junto con la demanda aquellos documentos donde funde su derecho, como pueden ser facturas, recibos, etc.

Como regla general el escrito o impreso de demanda deberá ser presentado en el Juzgado Primera Instancia del domicilio de la persona demandada. Teniendo en cuenta que si la cantidad es inferior a 90 euros es competente el Juzgado de Paz.

El Secretario Judicial examinada la demanda la admitirá por decreto, dando traslado a la otra parte para que en el plazo de 10 días proceda a su contestación. Se requiere que ambas partes se pronuncien sobre la necesidad de celebración de vista. Si ninguna de las partes la solicitase y el tribunal no lo considerase conveniente se dictará sentencia sin más trámites.

Si se estimase conveniente la celebración de la vista, esta se realizará con el fin de practicar las pruebas propuestas por las partes. Realizado este acto y concedido el turno de palabra a las partes, el Tribunal dará por terminada la vista. Se dicta sentencia en el plazo de 10 días. La sentencia dictada será firme sin posibilidad de recurso, cuando la cuantía no exceda de 3000 euros.

### **4. Juicio ordinario**

Se decidirán por este juicio las demandas de reclamación de cantidad superior a 6000 euros. Se inicia con la presentación del escrito de demanda. Su regulación se establece en la LEC en los artículos 399 a 436. Se da el plazo de veinte días para contestar al deudor. En esta demanda el demandado podrá formular excepciones procesales o reconvencción. Si esto sucediera se le otorga el plazo de veinte días al actor para que conteste<sup>92</sup>.

Una vez contestada la demanda y la posible reconvencción se convocará a las partes a una audiencia previa. En esta se intentará que lleguen a un acuerdo, se analizarán las excepciones, se fijarán los hechos controvertidos y se pronunciarán sobre los documentos presentados.

<sup>90</sup> SECRETARIA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, "Manual práctico para el ciudadano sobre el juicio verbal. Colección PAJ, guías de procedimientos judiciales para los ciudadanos, nº6.

<sup>91</sup> Modelo de impreso normalizado anexo 4.

<sup>92</sup> Texto extraído de la LEC.

El Juzgado competente al igual que en el caso del juicio verbal será el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado, como regla general. Estableciéndose excepciones en función del origen de la cuantía como puede ser en caso de reclamación de rentas de arrendamiento.

Tras la realización de este acto procesal se llevaría a cabo el propio acto de juicio. En este acto se practicarán las pruebas admitidas, los informes y alegaciones de las partes. Realizado todo esto el juez señalará el fin del acto. Finalizando tal proceso con la sentencia que dicte el juez.

### **5. Proceso de ejecución civil**

Se trata de la ejecución forzosa, se define como el conjunto de actos procesales encaminados a la realización de una prestación reconocida en un título ejecutivo. Este proceso permite la reclamación de deudas que se tengan reconocidas en tales documentos, sin necesidad de ningún proceso declarativo. Se encuentra regulada dentro de la LEC, más concretamente en el libro III.

El título ejecutivo es el documento donde se incorpora la obligación del ejecutado de cumplimiento de una prestación dineraria u otro tipo de obligación. El título puede ser tanto judicial como extrajudicial. Así tendrá la consideración de título ejecutivo las sentencias firmes, las resoluciones que aprueben acuerdos adoptados en el proceso, las escrituras públicas, los títulos al portador siempre que representen obligaciones vencidas y otros documentos.<sup>93</sup>

La ejecución se despachará a petición de parte mediante la presentación de la demanda ejecutiva. En esta tendrá que constar el título en que se funde la ejecución, la tutela que se pretende, los bienes del ejecutado susceptibles de embargo y la identificación de la persona contra la que se pretenda la ejecución. Se debe acompañar de los documentos relativos al título ejecutivo, así como el poder otorgado al procurador y abogado.

Presentada la demanda, el Tribunal, siempre que concurren los requisitos dictará auto conteniendo la orden general de ejecución. Contra este auto cabe oposición por parte de la ejecutada, la cual tendrá el plazo de 10 días para realizarla.

La ejecución dineraria pasa por una serie de fases. La primera es la ya vista de demanda ejecutiva, a posterior el requerimiento previo de pago, el embargo de bienes del ejecutado y su venta; y por último el pago al ejecutante.

Lo que vienen a suponer estas fases es que, si el ejecutado no atiende al requerimiento previo, se le procederá a embargar sus bienes. Lo que fuera objeto de embargo se puede o bien proceder a su venta o bien incluso entregárselos directamente al ejecutante. En el caso de que se proceda a la subasta cuando esta se produzca se le entregara la cuantía suficiente al ejecutante para saldar su deuda. De este modo se saldaría lo adeudado.

### **IV. Sujetos responsables de la deuda**

Los acreedores para reclamar tal deuda se deberán dirigir contra la propia sociedad. Esto supone que cuando plantean la demanda que corresponda o bien el requerimiento de pago lo harán frente a quien adquirió tal deuda, en este caso la sociedad. No tiene que responder en principio los socios o los administradores.

Pese a que lo lógico y coherente es que responda quien contrajo la deuda, se admite que los administradores también respondan de tales deudas. Esto sería así basándose en una mala gestión de su cargo.

Los administradores de las sociedades de capital como órgano encargado de la gestión pueden incurrir en determinados casos en responsabilidad personal por las deudas sociales. No

<sup>93</sup> STS de 9 de marzo de 2012 (RJ 123/2012).

existe un único tipo de responsabilidad por las deudas, sino que esta varía en función de la situación en que se halle la sociedad. Así nos hallamos ante una responsabilidad por daños y otra por no disolución.

La responsabilidad por daños es consecuencia de una incorrecta o negligente actuación del administrador de la sociedad. La acción para exigirla viene recogida en el artículo 236 LSC. Conforme al cual el administrador responderá por daños frente a los acreedores sociales. El daño, en el caso de deudas sociales, sería la pérdida económica que sufriría el acreedor derivado de que la sociedad no procediera al abono de su deuda. Para que exista esta responsabilidad se exige que se den una serie de requisitos. Primero que exista una acción u omisión, en el supuesto sería la omisión de no hacer frente a la reclamación de la deuda. Que de esto se derive un daño, en este caso sería para el acreedor. Además, que entre la omisión y tal daño existe una relación de causalidad. De tal modo que la actuación del administrador sea la causante directa del impago al acreedor.

El TS matizó esta responsabilidad, estableciendo que esto no supone que los administradores deban ser garantes de las deudas. No se trata por tanto de una responsabilidad automática, sino que solo se establecería esta posibilidad cuando efectivamente se pueda demostrar que la actuación del administrador fue la causante de tal daño<sup>94</sup>.

Si la sociedad se encontrase inmersa en alguna de las causas de disolución del 363 LSC el administrador está obligado a convocar en el plazo de dos meses la junta general y en un periodo similar instar la disolución judicial. Si los administradores no cumplen con estas obligaciones entonces serán responsables directos de las deudas en que incurra la sociedad a partir de ese momento.

En el supuesto no sabemos si se produjeron alguno de los hechos que pudieran derivar la responsabilidad de los administradores. Pero si esto sucediera el acreedor podría en una misma acción reclamar contra la sociedad y contra el administrador por las deudas sociales.

## **V. Recapitulación**

Como se expuso existen distintas vías para la reclamación de deudas por parte de los acreedores contra “A Tu Medida SL”. Estas variarán en función de cómo sea tal deuda, de este modo si es una deuda recogida en un título-valor se procederá mediante juicio cambiario, mientras que si se trata de una deuda líquida se podrá proceder mediante juicio monitorio. Utilizando como último recurso el proceso de ejecución civil en el caso de que no atienda al pago el deudor, procediéndose al embargo los bienes de la sociedad, para así hacer frente a la cantidad adeudada.

Respecto a quiénes son los sujetos responsables a la luz de los datos aportados se puede concluir que es la sociedad quien tiene que responder frente a tales deudas.

---

<sup>94</sup> STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 242/2014.)



## Capítulo 6. Retribución de la administradora

### I. Introducción

La cuestión que se plantea es la procedencia de la retribución percibida por la administradora, así como las medidas contra esta. La Sociedad “A Tu Medida SL” fue constituida por Daniel y Teresa en 2015, erigiéndose esta como administradora única, cargo por el que recibía una retribución de 2000 euros en concepto de llevanza de la política general de la empresa, si bien en los estatutos no se contempla nada a tal respecto.

Antes de entrar en la justificación propiamente dicha, anticipamos el dictamen. La retribución percibida por la administradora es indebida en virtud del artículo 217 de la LSC. La consecuencia del hecho anterior es que se podrá plantear una acción social de responsabilidad contra ella. Tal acción iría encaminada a que fueran devueltas las cantidades que cobrara en concepto de remuneración.

Primero veremos la procedencia de la percepción de la remuneración. Finalmente, se establecerán las medidas contra tal acto. Se expondrá la acción social y la acción restitutoria contra doña Teresa.

### II. Procedencia de la retribución de doña Teresa

Lo relevante a la hora de determinar la licitud de la remuneración es el alcance de las tareas llevadas a cabo por tal concepto. Para determinar cuál es la norma que dará respuesta a la cuestión planteada se debe determinar si las funciones de la administradora son las propias del cargo o no. Pues en función de esto la retribución se regirá de manera distinta.

La doctrina del vínculo del Tribunal Supremo<sup>95</sup> establece la incompatibilidad entre un “contrato de administración y uno laboral. Esto implica que no puede existir una doble relación entre el administrador y la sociedad. En el caso de que las funciones sean las propias del cargo no se puede establecer un contrato de carácter laboral, sino que prevalece la relación mercantil existente. De tal manera que cuando efectivamente existan funciones adicionales se podrá establecer un contrato de alta dirección. Esto viene expresado por el propio ET en su artículo 1 cuando expresa lo siguiente:

“Se excluyen del ámbito regulado por esta ley la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.”

Esto supone que se incluye en el ámbito laboral la relación entre la sociedad y el administrador cuando sus funciones no sean las inherentes al cargo. Esto implica que la cantidad a percibir vendrá establecida en ese contrato, y no en los estatutos. Así el Alto Tribunal en una sentencia reciente expresa lo anterior del siguiente modo:

“Si se quiere fijar una retribución no prevista en los estatutos mediante un contrato de alta dirección se exige que las facultades atribuidas al administrador como alto cargo rebase lo propio del cargo.”<sup>96</sup>

Por tanto, viene a suponer esta doctrina del vínculo, que si las funciones están dentro de lo inherente la relación será mercantil. El establecimiento de este carácter implica que se regirá por la LSC. La regulación por esta ley presupone que la retribución tenga que venir establecida por los estatutos.

<sup>95</sup> STS de 12 de marzo de 2014 (RJ 1905/2014).

<sup>96</sup> STS de 17 de diciembre de 2015 (RJ 708/2015).

Las funciones del administrador no vienen establecidas como tal en la LSC, sino que se tiene que extraer de otras normas y de la jurisprudencia. De este modo fue la jurisprudencia la que tuvo que delimitar la actividad a desempeñar por un administrador social. El TS<sup>97</sup> estableció que las actividades de gestión, dirección, administración y representación son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles. Dentro de la función de gestión de la sociedad se incluye el marcar la política general de la empresa.

En el supuesto se expresa que la tarea por la que percibe la remuneración doña Teresa es por la llevanza de la política general de la empresa. Con lo expuesto se observa como la tarea que realiza estaría dentro de lo propio de su cargo. Esto supone que no puede tener una relación laboral con la sociedad, mediante el establecimiento de un contrato de alta dirección. De este modo se encontrará únicamente unido por un único vínculo a la empresa. Así su remuneración tendrá que venir regulada por la LSC. No se puede en principio establecer ninguna remuneración extra-estatutaria.

Respecto a la legalidad o no de la retribución se debe partir de lo dispuesto de la LSC. La regulación de esto viene expuesta en el artículo 217 de la citada ley. Este precepto expone lo siguiente:

“El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.”

La consecuencia de este precepto es que debe de constar de forma expresa y clara en los estatutos la retribución<sup>98</sup>. Esto implica que la retribución que no venga recogida en tal documento tendrá el carácter de indebida. Resulto indiscutido a tenor de la ley que el derecho a percibir una remuneración tiene que constar en este documento de la sociedad.

Respecto a quien tiene la competencia para establecer dicha retribución, esta pertenece a la Junta General, según lo dispuesto por el citado artículo. Conforme al cual este órgano deberá establecer el sistema concreto de retribución estableciéndolo en los estatutos.

La exigencia de que conste en los estatutos es el medio para la protección de los intereses de ambas partes de esta relación. Así respecto a los administradores se protege su interés frente a la arbitrariedad de los socios en la toma de decisiones. Pero el fin primordial de esta norma, en aras de proteger los intereses de los socios, es potenciar la máxima información de estos. De este modo la finalidad es facilitar el control de la actuación de los administradores en una materia tan sensible como el aspecto económico. Se viene así a perseguir que los socios estén perfectamente informados sobre la entidad real de las retribuciones u otras compensaciones que perciben los administradores<sup>99</sup>.

Como ya vimos en virtud de la protección de ambas partes la remuneración debe de estar fijada estatutariamente. Así distintas sentencias del TS vienen afirmando, de forma clara, la gratuidad del cargo. Se admite únicamente que ese sea retribuido cuando los propios estatutos lo reconozcan<sup>100</sup>. Pudiendo de este modo reclamar la sociedad las cantidades que se percibieron de forma incorrecta.

En este supuesto se ve como la remuneración no viene reflejada por los estatutos. Así la consecuencia que se deriva es que esta tenga el carácter de indebida. Vendría a ser un incumplimiento de lo establecido en la legislación mercantil. Más concretamente una vulneración de lo establecido en el artículo 217 de la LSC. Se podría denominar esta retribución como

<sup>97</sup> STS de 9 de diciembre de 2009 (RJ 1182/2010).

<sup>98</sup> Modelo de cláusula estatutaria sobre remuneración de los administradores. Anexo 5.

<sup>99</sup> STS de 11 de septiembre de 2015 (RJ 3725/2015).

<sup>100</sup> STS de 18 de junio de 2013 (RJ 412/2013); STS de 17 de diciembre de 2015 (RJ 708/2015).

remuneración tóxica tal cual dice el TS. Este tribunal expresa que cualquier cantidad dineraria percibida sin tener derecho a ella se podrá considerar tóxica<sup>101</sup>.

Pese a lo dicho con anterioridad de la obligación de fijar estatutariamente la retribución, se puede no exigir. El Tribunal Supremo vino a permitir esta opción mediante la denominada Doctrina de los Actos Propios. Esta doctrina se viene aplicando por parte de este tribunal a raíz de una sentencia del año 2013<sup>102</sup>. Lo que viene a establecer es que si los socios por unanimidad establecen un acto donde fijan una remuneración ésta es válida, aunque no se fije en los estatutos. Esto se permite sobre la base de que se cumple la finalidad perseguida por la ley. La finalidad comentada es que los socios deben de estar plenamente informados de las actividades. Por tanto, si los socios conocían esta remuneración se cumple perfectamente el fin que se exige. Pues nadie resulta perjudicado porque todos eran concededores de esta retribución y los administradores tienen protegidos sus intereses.

El TS en esta doctrina permite la “infracción” de las normas legales. Esto lo hace con base en que lo considera irrelevante. Lo entiende porque lo más importante es que se cumpla la finalidad perseguida. Además, razona que no se infringe en ningún momento la norma desde el momento en que se cumple la finalidad perseguida. De este modo se permite que los socios puedan acordar lo que deseen basándose en el principio de la autonomía de la voluntad, sin más límites que los exigidos por la buena fe.

La consecuencia que se deriva de la aplicación de esta doctrina es que no se podría con posterioridad ejercitar una acción para revocar ese acto. Pues se exige una actitud coherente por parte del socio. La coherencia implica que si adoptas un acto que crea una cierta confianza sobre la persona no puedes posteriormente destruir esta. De esta manera, el TS en su aplicación estableció que si un socio adoptaba un acto no podía después ir contra este porque se destruye la confianza legítimamente adquirida por el administrador<sup>103</sup>.

Pero en opinión de Jesús Alfaro Águila-Real <sup>104</sup> viene entendiendo que, si la *ratio dicendi* de la doctrina de los actos propios es la autonomía de la voluntad, basándose en esto se podrá cambiar tal opinión. Esto supone que, si el socio adoptó un acto por propia voluntad, posteriormente la misma voluntad que lo tomó podrá revocarlo. Esto se expone basándose en que los actos no son perpetuos. Esta posición no fue adoptada hasta la fecha de hoy por parte de los tribunales. Se prima la confianza legítima, la buena fe y la confianza de los administradores frente al posible cambio de opinión.

Para que esta doctrina pueda ser aplicada se exige por parte del TS una serie de requisitos a cumplir. Estos se pueden encontrar en la sentencia ya citada de septiembre de 2015<sup>105</sup> que los expresa de la siguiente forma:

“(i) la tolerancia consciente de la demandante, durante varios ejercicios, de la retribución percibida como gerente por el demandado;

(ii) la tácita conformidad prolongada durante años de la misma sociedad;

(iii) la legítima confianza que los anteriores precedentes había engendrado en el administrador-gerente de no tener que devolver en un futuro las sumas percibidas.”

<sup>101</sup> STS de 25 de junio de 2015 (RJ 8853/2012).

<sup>102</sup> STS 18.jun.2013; STS de 19 de diciembre de 2013 (RJ 839/2012). V. nota 100.

<sup>103</sup> STS 18jun2013; STS 19dic2013. V. nota 102.

<sup>104</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J, “La retribución de los administradores ha de constar en los estatutos y no cabe la extratutaria”. Artículo extraído de su página web [www.derechomercantilesana.blogspot.com.es/](http://www.derechomercantilesana.blogspot.com.es/) Última fecha de consulta: 2/06/2016.

<sup>105</sup> STS 11sep2015. V. nota 99.

Respecto al supuesto planteado, la doctrina podría ser de aplicación. Se entiende que esto puede ser así por lo expresado en la propia pregunta. En ella se dice que don Daniel deja de estar de acuerdo con la retribución. Esto se podría entender como que en su momento ambos socios hubiesen acordado esta remuneración. De esta manera, si ambos adoptaron ese acto donde se establecía la retribución, esta sería completamente válida. No se puede con posterioridad reclamar don Daniel mediante una acción social las cantidades que percibió doña Teresa. Por último, respecto a si se cumplen o no los requisitos para aplicar esta doctrina, se puede considerar que sí. Pues en un inicio la retribución era tolerada por el socio. Existe en cierto modo una conformidad tácita a tal hecho y generando la correspondiente confianza en la administradora.

Aunque como se digo podría ser de aplicación la doctrina anteriormente citada, no se va a proceder a ello. Esto es así porque desde mi punto de vista no es de todo claro el hecho de que efectivamente don Daniel adoptase ese acuerdo para el establecimiento de la remuneración. Por tanto, ante la duda se puede considerar preferible no continuar por esta vía y considerar la retribución contraria a la ley.

Por tanto, en respuesta a si la remuneración es correcta, se puede considerar que la respuesta es negativa. Ello con base en que la remuneración no está fijada en los estatutos y en virtud de lo dispuesto por la LSC el cargo se presume gratuito.

### **III. Medidas contra la administradora**

Se parte de la inadecuación de la remuneración ya expuesta se procede a continuación a determinar las acciones que asisten a don Daniel. Estas se plantearán contra doña Teresa basándose en una infracción del deber de lealtad.

Antes de proceder a explicar las acciones contra la administradora, se procederá a explicar en qué consiste tal deber de lealtad.

#### **1. Deber de lealtad**

Este deber de lealtad se exige a los administradores en el artículo 227 de la LSC. Este precepto establece de la siguiente manera en que consiste dicho deber:

“Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”.

El deber de lealtad viene por tanto a ser entendido como la unión entre el ejercicio fiel, de buena fe y en aras del interés social en la realización de las actividades de administración. Consiste así en el desempeño del cargo conforme a un representante leal. Exigiendo que la actuación del administrador sea de buena fe. La buena fe que se une a un deber de comportamiento diligente.

El comportamiento diligente del administrador implica (tal y como expresa el artículo 225 LSC<sup>106</sup>) el desarrollo del cargo cumpliendo lo establecido en las leyes, estatutos y reglamento de la sociedad. El deber de lealtad queda así unido indisolublemente al deber de diligencia.

Además, este deber de lealtad atiende a la defensa del interés de la sociedad. Se trata de la función esencial que debe respetar todo administrador. Esta obligación implica actuar atendiendo siempre al interés común de los accionistas<sup>107</sup>. Sin llevar a cabo alguna acción que pueda implicar un perjuicio para el interés. Más en concreto el deber de actuar como un representante leal implica

<sup>106</sup> “Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.”

<sup>107</sup> SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J, *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad*. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III Madrid, 2015, págs. 894-917.

el ejercer el cargo en defensa del interés social. Supone la obligación de desempeñar las funciones del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad al interés particular del administrador<sup>108</sup>. Y no realizar actos que puedan dañar a la sociedad.

La propia LSC con la nueva reforma operada en el año 2015 introdujo determinadas obligaciones básicas que son inherentes al deber de lealtad. El artículo 228 en su apartado primero establece de esta manera una obligación:

“No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.”

Esto implica que el administrador que tiene reconocidas unas determinadas facultades que afectan a la sociedad y a su patrimonio debiendo limitar su ejercicio a los fines que animaron esa concesión. Supone esto que no se podrá ejercer ninguna función del administrador para obtener otro fin distinto al que fue establecido por la sociedad.

Respecto a la función de los administradores como ya se vio incluye la gestión y dirección de la empresa. Dentro de la gestión debemos de incluir la del ámbito económico de la sociedad. La llevanza de los gastos e ingresos sociales será por tanto una labor de administrador. Esto supone que este tendrá el control de los gastos que se realicen. Este control supone que el administrador tendrá en sus manos el destino de los fondos económicos de la sociedad. Pudiendo así manejar el dinero de la sociedad. Lo que se quiere expresar con esto es que el administrador podrá establecer gastos a cargo de la sociedad, dado que tiene el control económico del ente mercantil.<sup>109</sup>

Para el supuesto tratado lo que implica es que, si doña Teresa tenía el control de la economía de la sociedad, podía establecer determinados gastos a cargo de la sociedad. De este modo pudo establecer la remuneración a su favor. El establecimiento de esta remuneración implica el ejercer sus funciones con un fin distinto del perseguido. El fin que se persigue con la concesión del control económico no es otro que desarrollar la actividad social. No está incluido dentro de la actividad de la sociedad el pago de una remuneración a la administradora. Y mucho menos cuando esta no esté reconocida por los estatutos ni por la norma.

Para exigir la responsabilidad por el incumplimiento de este deber se podría plantear una acción de responsabilidad social. Se plantea esta acción no solo con el objetivo que se deriva del artículo 236 LSC sino también con el objetivo propio de otras acciones que le son acumulables. Así en relación con la reparación del daño exigida por esta acción social, se puede plantear la pretensión que recoge el 227.2 LSC. Relativo este a la solicitud de la devolución del enriquecimiento injusto por parte del administrador. De tal manera que nos encontraríamos con dos acciones planteadas conjuntamente. Por un lado, la acción de responsabilidad social para reclamar una indemnización por el daño causado; y, por otro lado, otra para exigir la restitución del enriquecimiento injusto.

## **2. Acción social**

De conformidad con el artículo 236 los administradores responderán de los daños que causen por actos realizados incumpliendo el deber de lealtad. Así este artículo recoge del siguiente modo cuando se puede exigir responsabilidad al administrador por infracción de este deber:

“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”.

Se puede llevar a cabo esta acción por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo.

<sup>108</sup> STS de 11 de diciembre de 2015 (JUR 2015/302357).

<sup>109</sup> RIBAS FERRER, V, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 43-46.

Como ya se expuso el deber de lealtad se trata de uno de los deberes propios de los administradores. Para poder ejercitar esta acción se exige un acuerdo por mayoría ordinaria de la junta general. Pero este requisito sería la regla general, estableciéndose una excepción. El artículo 239 de la LSC establece la siguiente excepción:

“El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.”

La referencia que hace al párrafo anterior implica que se podrá ejercer esta acción cuando el socio tenga la participación social necesaria para solicitar la convocatoria de la junta general. Para conocer cuál es esta participación se debe acudir al precepto 168 de la LSC, el cual establece que tendrán legitimación los socios que representen más del 5 % del capital social.

En el supuesto planteado se puede entender que don Daniel si está legitimado para acudir por esta vía. Pues se considera que tiene una participación de un 50 % en el capital social. De este modo en virtud de una infracción del deber de lealtad poda ejercer esta acción directamente sin necesidad de previo acuerdo de la junta.

Además del requisito citado de legitimación, por parte de la jurisprudencia <sup>110</sup>se vienen exigiendo otros para el ejercicio de esta acción. Los requisitos son los siguientes que se exponen:

1. °Producción un daño bien sea real o inminente para el patrimonio social
2. °Incumplimiento de las obligaciones de los administradores por actos u omisiones contrarias a la ley o estatutos.
3. °Relación de causalidad entre el daño y el ilícito. Esto implica que la producción del acto o la omisión que lleva a cabo los administradores deben de tener repercusión en los intereses de la sociedad.
4. °Daño cuantificable por parte de quien vaya a interponer la demanda de acción social.

El daño real al patrimonio que se exige se refleja en el supuesto en el perjuicio económico que sufre la empresa por la remuneración de doña Teresa. Esto es así porque la cantidad de dinero que sale de la empresa implica una pérdida patrimonial para la sociedad. Respecto a la exigencia de que sea contrario a la ley y los estatutos, ya se comentó que esto se produce desde el momento en que se establece una retribución no admitida por la normativa, al presumirse gratuito el cargo. Además del incumplimiento al deber de lealtad exigible. En cuanto a la existencia de relación de causalidad, esta se produce por el hecho de que el percibir una remuneración implica la lesión al interés social por el establecimiento de un gasto no autorizado. Y por último el requisito de que sea un daño cuantificable, la cuantía será el valor del dinero que la administradora percibiera indebidamente.

Por todo esto se considera que se puede ejercer la acción social para reclamar una indemnización a doña Teresa por la percepción indebida. Esto supone que tiene que hacer entrega de una cantidad dineraria que repare el daño. La indemnización ira en función de la pérdida que sufrió el patrimonio social. Siendo así una cantidad en relación con la cuantía percibida indebidamente.

### **3. Acción restitutoria**

Esta se encuentra regulada en el 227.2 como medio para reparar el daño causado por la

---

<sup>110</sup> STS 26dic2014; STS 2jun2015. V. nota 75.

infracción del deber de lealtad. El objeto de esta pretensión es la restitución de las ventajas que se han proporcionado al demandado con esta acción el administrador puede verse incluso obligado a resarcir a la sociedad, pese a que no se haya constatado ninguna pérdida económica.

La aplicación del enriquecimiento injusto queda condicionado al cumplimiento de determinados presupuestos. El primer presupuesto es la obtención de una ventaja, utilidad o provecho de carácter económico. El segundo es que la ganancia obtenida por el administrador se produzca a costa de una pérdida económica por parte de la sociedad. Este concepto de empobrecimiento de la sociedad es cercano al del daño, de tal forma que no se pueda distinguir en ciertos casos. El último presupuesto se refiere a la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento. El administrador no puede tener ninguna razón basada en derecho que justifique la obtención de esa ventaja o provecho.<sup>111</sup>

En el supuesto nos hallamos que la ventaja se obtiene con la percepción del dinero en concepto de retribución. Respecto a la pérdida económica exigible esta se encuentra en que la sociedad pierde parte de su dinero al hacer frente a esta remuneración. Por último, no existe ninguna causa que ampare tal enriquecimiento pues la administradora no tenía derecho a percibir tal dinero al no hallarse establecido en los estatutos.

#### **IV. Cuestiones procesales**

El órgano judicial competente objetivamente será el Juzgado de lo Mercantil según lo dispuesto en la LOPJ en el artículo 86 ter. Respecto a la competencia territorial será el juzgado del lugar donde tenga el domicilio dicha persona jurídica, tal y como establece el artículo 51 de la LEC

#### **V. Recapitulación**

La administradora percibió una remuneración a la cual no tiene derecho sobre la base de que los estatutos no la reconocen. Esto implica que se trata de una retribución indebida. Suponiendo que se puede ejercer contra ella una acción social de responsabilidad por infracción del deber de lealtad. Tal deber se infringe por vulneración de la buena fe con la se exige el ejercicio de tal cargo. Al establecer tal remuneración sin que le fuera permitido y perjudicando el interés de la sociedad. Además de establecerse la obligación de restituir el enriquecimiento obtenido.

---

<sup>111</sup> RIBAS FERRER, V, *El deber...*, La Ley, Madrid, 2010, págs.679-687. V. nota 109.

## Conclusiones

Para finalizar el presente trabajo se va a proceder a exponer la conclusión a la que se llegó en cada uno de los capítulos.

1. Por lo que se refiere a la cuestión de la aportación del pagaré puede implicar dos tipos de responsabilidades para el socio don Adrián. Por una parte, una responsabilidad civil frente a la sociedad. Este responde por la aportación de un derecho de crédito no legítimo conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la LSRL. A su vez el hecho constituye un supuesto de responsabilidad por la falta de realidad de la aportación, según establece el artículo 21 de la citada ley. Por otra parte, una responsabilidad de carácter penal. El sujeto podría ser considerado autor de un delito de falsedad documental en documento mercantil por alteración de los requisitos esenciales. Ello en concurso medial con un delito de estafa agravada por uso del pagaré como medio para llevar a cabo tal delito.

2. En cuanto a la cuestión de la aportación de la finca a la sociedad se expone lo siguiente. La sociedad no es titular dominical de tal terreno. Solo adquirirá tal propiedad si se aplica la accesión invertida al supuesto, siempre y cuando se proceda a pagar al propietario del terreno invadido el valor de dicha franja de terreno. Al dueño de la franja le amparan las acciones de protección de dominio. Este puede proceder a plantear una acción reivindicatoria conjuntamente con una acción de deslinde. Así como de forma subsidiaria este puede ejercer una acción solicitando la accesión invertida. Respecto a las consecuencias de la no adquisición de la propiedad de la franja por parte de la sociedad el socio tendrá responsabilidad por este hecho. Derivado de los plazos de prescripción solo quedará a salvo la acción de responsabilidad por saneamiento por evicción. Ello con base en que la sociedad perdiera tal franja como consecuencia de las acciones de dominio del propietario.

3. En relación con las controversias surgidas en la adquisición del negocio por parte de doña Teresa se establece lo siguiente. Respecto a la deuda de la obra, la adquirente no tiene que hacer frente al pago por no adoptarse un pacto entre las partes para la asunción de la deuda. En lo referente a la reclamación de los trabajadores doña Teresa tendrá que hacer frente conjuntamente con doña Soledad a la reclamación de tal cuantía. Se considera invalido el pacto entre las partes en este aspecto. Finalmente, el descenso de la clientela permite a la adquirente reclamar por ese acto contrario a la buena fe que se exige en los contratos. Pese a la no existencia de pacto, pues la no competencia se encuentra incardinada dentro de esta buena fe.

4. Por lo que se refiere a la denegación de la información, el acuerdo puede ser impugnado por ser contrario a la ley, más concretamente se vulneró el derecho de información. Este no puede ser denegado cuando los socios representen más del 25 % del capital social tal y como establece la LSC. En lo referente a las medidas de los socios disconformes contra los administradores estas podrán ser penales o civiles. En cuanto a la penal, pueden ser considerados autores de un delito societario por denegación de la información del 293 CP. En cuanto a la civil, se podrá ejercer una acción social y una acción individual siempre que se cumpla y se demuestre el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación y jurisprudencia.

5. En cuanto la cuestión sobre la reclamación del crédito, el acreedor tendrá distintas vías para reclamar. Este tiene a su disposición tanto vías extrajudiciales como judiciales. Lo más favorable es reclamar primero mediante un requerimiento de pago extrajudicial. Y si no se efectuó el pago, se podrá accionar la vía judicial la cual variará en función del tipo de deuda. Respecto a quien es el sujeto responsable del crédito se puede considerar que es la sociedad.

6. Por lo que se refiere a la retribución de doña Teresa, no puede percibir la remuneración. Esto con base en que nada se dice en los estatutos de la sociedad. Derivado de esto se presume la gratuidad del cargo según establece la ley. En cuanto a las medidas que puede tomar don Daniel podrá ejercer una acción social con fundamento en una infracción del deber de lealtad, conjuntamente con la acción restitutoria.



## Fuentes

### - Legislación aplicable:

- Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

### - Jurisprudencia.

- STS de 8 de mayo de 1997.
- STS de 22 de septiembre de 2006 (RJ 900/2006).
- STS de 22 de junio de 2006 (RJ 788/2006).
- STS de 1 de junio de 2001 (Rec. 2746/1999).
- STS de 3 de marzo de 2003 (Rec. 534/1998).
- STS de 30 de enero de 2007 (RJ 63/2007).
- STS de 16 de febrero de 2004 (Rec 2447/2002).
- STS de 28 de enero de 2005 (RJ 47/2005).
- STS de 9 de enero de 2001 (RJ 1855/2001)
- STS de 4 de febrero de 2002 (RJ 161/2002).
- STS de 13 de mayo de 2005 (RJ 628/2005)
- STS de 2 de enero de 2007 (RJ 1/2007).
- STS de 9 de mayo de 2007 (368/2007).
- STS de 15 de diciembre de 2004 (RJ 1485/2004).
- STS de 16 de febrero de 2007(RJ 132/2007).
- STS de 31 de enero de 1995 (RJ 94/1995).
- STS de 9 de abril de 2003 (RJ 507/2003)
- STS de 5 de mayo de 2011 (Rec. 1047/2010).
- STS de 25 de marzo de 2004 (RJ 414/2004).
- STS de 27 de mayo de 2003 (RJ 766/2003).
- STS de 17 de marzo de 2001 (RJ 341/2001).
- STS de 23 de diciembre de 2005 (RJ 1609/2005).
- STS de 27 de febrero de 2000 (RJ 458/2000).
- STS de 3 de octubre de 2001(Rec 4395/1999).
- ATS de 10 de septiembre de 2004 (RJ 14/2004).
- STS de 27 de enero de 2000 (RJ 126/2000).
- STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 10171/2002).

- STS de 14 de marzo de 2001 (RJ 5976/2000).
- STS de 12 de diciembre de 1995 (RJ 9601/1995).
- STS de 27 de junio de 1997 (RJ 5398/1997).
- STS de 8 de febrero de 1994 (RJ 833/1994).
- STS de 19 de abril de 1996.
- STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 1842/2008).
- STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 821/2007)-
- STS de 1 de marzo de 1954.
- STS de 5 de febrero de 1999.
- STS de 16 de mayo de 2000.
- STS de 16 de noviembre de 2005.
- STS de 26 de junio de 2003.
- STS de 17 de julio de 2003.
- STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 7202/2004).
- STS de 22 de septiembre de 2005.
- STS de 2 de enero de 2015 (RJ 74/2015).
- STS de 29 de mayo de 2008 (RJ 3617/2008).
- STS de 22 de noviembre de 1998 (RJ 8858/1998).
- STS de 13 de julio de 2003 (Rec 3442/2003).
- SAP Badajoz de 11 de marzo de 1999.
- STS de 18 de mayo de 2012 (RJ 4006/2012).
- STS de 10 de febrero de 2009 (RJ 870/2009).
- STS de 19 de septiembre de 2013 (Rec 143/2010).
- SAP Madrid de 6 de febrero de 2015 (RJ 35/2015).
- SAP Barcelona de 20 de mayo de 2015 (RJ 134/2015).
- STS de 19 de febrero de 1991 (RJ 1511/1991).
- STS de 7 de diciembre de 2011 (RJ 3521/2012).
- STS de 11 de abril de 2003 (RJ 3269/2003).
- STS de 3 de abril de 2003 (RJ 2769/2003).
- STS de 19 de abril de 2010 (RJ 3538/2010).
- STS de 26 de diciembre de 2014 (RJ 5724/2014).
- STS de 2 de junio de 2015 (RJ 2735/2015).
- STS de 3 de marzo de 2016 (RJ 259/2016).
- STS de 4 de diciembre de 2013 (RJ 1835/2013).
- SAP Zaragoza de 21 de mayo de 2015 (RJ 228/2015).
- SAP Barcelona de 22 de marzo de 1999 (ARP 1773/1999).
- STS de 3 de marzo de 2013 (RJ 3182/2013).
- SAP Madrid de 12 de diciembre de 2012 (JUR 28808/ 2013).
- STS de 9 de marzo de 2012 (RJ 123/2012).
- STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 242/2014).
- STS de 12 de marzo de 2014 (RJ 1905/2014).
- STS de 17 de diciembre de 2015 (RJ 708/2015).
- STS de 9 de diciembre de 2009 (RJ 1182/2009).
- STS de 11 de septiembre de 2015 (RJ 3725/2015).
- STS de 18 de junio de 2013
- STS de 17 de diciembre de 2015 (RJ 708/2015).
- STS de 25 de junio de 2015 (RJ 8853/2015)
- STS de 18 de junio de 2013 (RJ 412/2013).
- STS de 19 de diciembre de 2013 (RJ 839/2012).
- STS de 11 de diciembre de 2015 (JUR 2015/302357).

## Bibliografía.

- Almacén de Derecho. [Http://almacenederecho.org/](http://almacenederecho.org/). Última consulta: 7/06/2016.
- ARMENTEROS LEON, M, *Los delitos de falsedad documental: comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2011.
- Base jurídica Aranzadi.
- Buscador de Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial.
- Blog Derecho Mercantil España. [Http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/](http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/). Última consulta: 2/06/2016.
- CEBRIÁ HERNANDO.L. (coord)., *La compraventa y otras formas de transmisión de pequeñas y medianas empresas*, Bosch, España, 2014.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G, “La accesión invertida: génesis y la evolución en la jurisprudencia.”
- CUELLO CALÓN, J, *Derecho penal parte especial*, Bosch, Barcelona, 1952.
- DE LA CAMARA ALVAREZ, “La venta de empresa mercantil: principales problemas que plantea”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 24, 1982.
- FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptado a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GARCIA CANTIZANO, M<sup>a</sup> del C., *Falsedades documentales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GARCIA VILLARUBIA, M, “EL derecho de información del socio como fundamento de la impugnación de acuerdos sociales”. Artículo extraído de la página web [www.uria.com](http://www.uria.com). Última fecha de consulta: 30/04/2016.
- Guías jurídicas. Wolters Kluwer. [Http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/) Última consulta : 31/05/2016.
- LA CASA GARCIA, R, *Responsabilidad y aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- MIRANDA SERRANO, L.; PAGADOR LOPEZ, J., “¿La prohibición de competencia se ha de pactarse expresamente en la compraventa de empresa para que sea exigible por el comprador? Artículo extraído de la página web [www.ccopyme.org](http://www.ccopyme.org). Última consulta: 14/05/2016.
- PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes”, en *Revista de Derecho Mercantil* nº 134, 1974.
- RIBAS FERRER, V, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid, 2010.
- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad*, En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III Madrid, 2015.
- SANCHEZ CALERO, F/ SANCHEZ.CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de derecho mercantil*, Volumen I, Navarra, 2013.
- SEVILLA CACERES, F., “El juicio monitorio”. Artículo extraído de la página web [www.mundojuridico.info](http://www.mundojuridico.info). Última consulta: 1/06/2016.
- VARONA GOMEZ, D. *Estafa y falsedad en títulos valores (cheque, pagaré y letra de cambio)*, Aranzadi, Navarra, 2002.

## Anexo 1

### LA CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL DEDICADA A LA PELETERÍA

En mayo de 2006, Don Adrián Gómez, Don Alejandro Hernández, D<sup>a</sup> Teresa Medina, Don Daniel López y D<sup>a</sup> 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 acciones 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<sup>2</sup> 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 D<sup>a</sup> Soledad García, planteándose tras la misma diferentes controversias entre las partes.

Por un lado, D<sup>a</sup> 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. D<sup>a</sup> 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, D<sup>a</sup> 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 D<sup>a</sup> 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 D<sup>a</sup> 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 D<sup>a</sup> 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, D<sup>a</sup> Inmaculada, D. Alejandro y D. Adrián deciden marcharse de la sociedad, comprando sus acciones por mitad D. Daniel y D<sup>a</sup> 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 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 D<sup>a</sup> 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 m<sup>2</sup> 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<sup>a</sup> Teresa y D<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> Teresa los 2.000 euros mensuales? ¿Qué podría hacer D. Daniel en caso de que dejase de estar de acuerdo con esa retribución?

Anexo 2

<b>ENTIDAD BANCARIA O CAJA</b>		CÓDIGO CUENTA CLIENTE (CCC)	
OP. PLAZA DEL MONTE DE CAFE N01 900000000		0000 0000 00 0000000000	
VENCIMIENTO <u>15 de Junio</u> de <u>2013</u>		IBAM ES 00 0000 0000 0000 00000000	
<u>Librador ejemplo</u>		EUR <u>#100.000,00#</u> €	
a		POR ESTE PAGARÉ ME COMPROMETO A PAGAR EL DÍA DEL VENCIMIENTO INDICADO	
Euros <u>Cien mil euros</u>		<u>Lugar de emisión</u> <u>quince de diciembre de 2012</u>	
Serie N° 0.000.000 0 010110		(Lugar y Fecha)	
00000000000000000000 00000 000000000000		<u>000001234</u>	



### Anexo 3

#### AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE.....

D. /D<sup>a</sup>....., Procurador de los Tribunales y de D. /D<sup>a</sup>....., mayor de edad, de estado civil....., de profesión....., (indicar si se actúa en nombre de una persona jurídica), vecino/a de....., con domicilio a efectos de notificaciones en....., calle..... y nº....., representación que me será conferida "apud acta", ante el Juzgado comparezco y, como más procedente sea en Derecho, DIGO:

Que en la representación que ostento, mediante el presente escrito, y de conformidad con lo establecido en los Arts 819 y 821.1 de la LEC, vengo a promover **DEMANDA DE JUICIO CAMBIARIO** contra D./D<sup>a</sup>....., con DNI nº....., mayor de edad, de estado civil....., de profesión....., vecino/a de..... y con domicilio a efectos de notificaciones en C/....., nº..... y CP.....; la cual se fundamenta en los siguientes

#### HECHOS

PRIMERO.- Que la parte demandante se dedica profesionalmente a la actividad de....., y ha venido manteniendo relaciones de carácter comercial con D/D<sup>a</sup>..... (O indicar si se trata de una persona jurídica, en su caso); fruto de las cuales, la parte demandada se halla en adeudarme la cantidad de..... euros (.....euros).

Como pago de la cantidad de anterior mención, y como venía siendo habitual en la relación comercial que nos unía, esta parte libró, para que fuera aceptada por el demandado una/s Letra/s de Cambio de la clase....<sup>a</sup>, por importe de..... Euros, con vencimiento..... y domicilio de pago en.....; original de la cual se acompaña como documento nº 1.

La parte demandada, efectivamente, aceptó, firmó y devolvió a esta parte la/s cambial/es de anterior mención, de la/s que el demandante es, en consecuencia, su legítimo tenedor. (O, en caso de que el documento cambiario entregado en pago sea un Cheque o un Pagaré, puede hacerse constar "La parte demandada firmó y me hizo entrega de un cheque/pagaré librado contra la entidad financiera....., con serie y nº....., por importe de..... euros, con vencimiento..... y con domicilio de pago en.....; original del cual se acompaña como documento nº 1").

SEGUNDO.- Llegado el vencimiento del/los efecto/s cambiario/s antes referidos, y presentados los mismos al cobro en el domicilio/entidad financiera designado al efecto, éstos resultaron impagados; todo lo cual se acredita mediante la tenencia material por mi parte del/los efecto/s cambiario/s y por la declaración sustitutiva de protesto estampada al dorso de los mismo/s por la entidad financiera en la que se encontraba domiciliado el pago.

Asimismo, el impago de los efectos cambiarios ha ocasionado a esta parte unos gastos



financieros por importe de..... euros (.....euros), tal y como se acredita mediante. La liquidación bancaria de devolución de efectos que se acompaña como documento nº 2.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

I.- **COMPETENCIA:** Es competente el Juzgado al que me dirijo, de conformidad con el Art. 820 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por ser el partido judicial correspondiente al domicilio del demandado.

II.- **SOBRE LA FUERZA EJECUTIVA DEL TÍTULO CAMBIARIO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 819 de la LEC, se hace constar que el título del que dimana la acción que se ejercita en la presente demanda reúne todos los requisitos formales necesarios para que pueda incoarse el presente procedimiento.

Asimismo, esta parte ha dado cumplimiento a lo establecido en la Ley Cambiaria y del Cheque, pues presentó al cobro los efectos cambiarios que se acompañan a esta demanda en el domicilio de pago indicado y ha hecho constar en los mismos la correspondiente declaración sustitutiva de protesto por falta de pago.

III- **LEGITIMACIÓN:** Se encuentran legitimadas activa y pasivamente ambas partes, la demandante, en cuanto que tenedor legítimo del efecto cambiario y la demandada, en cuanto persona obligada al pago del importe consignado en el mismo, en virtud de lo que dispone a tal efecto la Ley Cambiaria y del Cheque.

IV- **PROCEDIMIENTO:** Por lo que se refiere al cauce procesal por el que debe tramitarse esta demanda, será de aplicación lo dispuesto en los Arts. 821 y ss. de la LEC, que regulan el Juicio Cambiario.

V- **FUNDAMENTOS DE FONDO:** Los Arts 49 a 60 y 62 a 68, siguientes y concordantes de la Ley Cambiaria y del Cheque por cuanto se ejercitan contra el demandado las acciones cambiarias por falta de pago de los efectos acompañados a la presente demanda.

Igualmente, y en cuanto a la prescripción se refiere, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley Cambiaria y del Cheque, por lo que la presente demanda se interpone dentro del plazo legalmente establecido.

VI- INTERESES Y GASTOS: Es de aplicación el Art. 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque, conforme al cual, el tenedor de un efecto cambiario podrá reclamar a la persona contra quien dirija la acción el importe del efecto impagado, los intereses de la cantidad devengados desde la fecha del vencimiento del citado efecto, calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Y los demás gastos que se hayan generado, incluidos los del protesto por falta de pago y los de las comunicaciones.

VII.- COSTAS: En cuanto a las costas resulta aplicable el artículo 822 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala que aunque el deudor atienda el requerimiento, serán de su cargo todas las costas causadas.

Por lo expuesto;

**SOLICITO AL JUZGADO:** Que tenga por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, se sirva admitirlos y tenga por formulada **DEMANDA DE JUICIO CAMBIARIO** contra D/D<sup>a</sup>....., la admita a trámite, y dicte Auto requiriendo al deudor para que pague en el plazo de 10 días y, para el caso de que no atendiera el requerimiento de pago, acuerde proceder al embargo preventivo de sus bienes en cantidad suficiente para cubrir la suma total de..... Euros, más intereses de demora, al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de vencimiento de los efectos que se reclaman, gastos y costas; que se presupuestan en la cantidad de..... euros, sin perjuicio de ulterior y definitiva liquidación; y despache ejecución por las cantidades reclamadas, de conformidad con el Art. 825 de la LEC, y para el caso de que el deudor no formule demanda de oposición en el plazo legalmente establecido,

En....., a .....de.....de.....

Fdo..... Fdo.....  
(El/la Procurador/a). (El/la Letrado/a).

## Anexo 4

(Según modelo aprobado por la Instrucción 1/2002, de 5 de noviembre de 2002, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por la que se aprueban los impresos normalizados para su presentación directa por los ciudadanos en los supuestos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE del 14 de noviembre modificado por el Acuerdo de 28 de septiembre de 2.011 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial y publicado en el BOE de 4 de octubre de 2.011 que adapta la terminología de este impreso a las previsiones de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)

### JUICIO VERBAL

#### AL JUZGADO

Don/Doña ..... con DNI y NIF/CIF número ..... domiciliado/a en la calle ....., número ....., piso ....., de la localidad de ....., con número de teléfono ..... y domicilio laboral en la calle ....., número ....., piso ....., de la localidad de ....., con número de teléfono ....., Fax ..... y dirección de correo electrónico ....., formulo DEMANDA SUCINTA DE JUICIO VERBAL en reclamación de ....., más intereses y costas contra: Don/Doña ..... con DNI y NIF/CIF número ..... domiciliado/a en la calle ....., número ....., de la localidad de ....., con número de teléfono....., Fax ..... y dirección de correo electrónico ....., (de conocer otros domicilios del/la demandado/a especifiquelos a continuación) .....  
.....  
..... Por: (indique brevemente el motivo de su reclamación) .....  
.....  
.....

En atención a lo expuesto, PIDO AL JUZGADO: Que se condene a la parte demandada a pagarme la cantidad de....., más el interés legal (o el pactado si fuera mayor), desde la interpelación judicial o requerimiento extrajudicial, así como al abono de las costas procesales. En....., a..... de..... De.....

Firma: Documentación que se adjunta (en su caso): 1. 2. 3. 4.

cve: BOE-A-2011-15594

## Anexo 5

**Remuneración de los administradores.-** El cargo de administrador es remunerado. La remuneración consistirá en una cantidad fija anual en metálico cuyo importe concreto, las reglas de devengo y pago serán aprobadas por la Junta General teniendo en cuenta la situación económica y especialmente, el importe neto de la cifra de negocios de los últimos ejercicios y los estándares de mercado de compañías comparables con la Sociedad. El importe de la remuneración permanecerá en vigor hasta que la Junta General acuerde otra cantidad. Sin perjuicio de lo anterior, para el primer ejercicio social y hasta que la Junta General acuerde otra cantidad de remuneración, la remuneración queda fijada en [\*] euros.