



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de Fin de
Grado

**La constitución de una
sociedad mercantil
dedicada a la peletería**

Natalia Lema Vázquez

Tutor: Santiago Roura
Gómez

Grado en Derecho

Año 2016

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña
para la obtención del Grado en Derecho (Simultaneidad del Grado en Administración y
Dirección de Empresas y el Grado en Derecho)

I.	ABREVIATURAS.....	2
II.	CONSIDERACIONES PREVIAS.....	3
III.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
IV.	CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS	
1.	CUESTIÓN I: Consecuencias jurídicas de la aportación de pagaré falso	
	A) Delimitación de la cuestión.....	6
	B) Consecuencias jurídico-penales.....	7
	C) Consecuencias en el ámbito civil-mercantil.....	12
2.	CUESTIÓN II: Propiedad discutida del inmueble aportado en sociedad	
	A) Derecho de propiedad sobre el bien inmueble aportado.....	13
	B) Acciones del propietario de la finca colindante.....	16
	C) Consecuencias para el aportante.....	19
3.	CUESTIÓN III: Compraventa de empresa	
	A) Delimitación de la cuestión.....	20
	B) Transmisión de contratos: contratos de trabajo y deudas laborales.....	21
	C) Asunción de deudas.....	24
	D) Obligaciones de las partes: obligación de no competencia.....	26
4.	CUESTIÓN IV: Impugnación de acuerdos y responsabilidad de los administradores sociales	
	A) Delimitación de la cuestión.....	29
	B) Impugnación de acuerdos por defectos en la convocatoria.....	29
	C) Vulneración del derecho de información del socio.....	33
	D) Responsabilidad de los administradores.....	37
5.	CUESTIÓN V: Actuación de los acreedores de sociedad extinguida <i>de facto</i>	
	A) Delimitación de la cuestión.....	38
	B) Responsabilidad solidaria de los administradores.....	39
	C) Doctrina del levantamiento del velo.....	41
6.	CUESTIÓN VI: Remuneración de los administradores.....	42
V.	CONCLUSIONES.....	44
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	45
VII.	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	47

ABREVIATURAS

art. (arts.)	artículo (artículos)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto, de 24 de julio de 1889, del Código Civil
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
<i>i.e.</i>	es decir
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCCH	Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LEC	Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
PCM	Proyecto de Código Mercantil
pp.	páginas
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
SL	Sociedad Limitada
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase
<i>v.gr.</i>	por ejemplo

CONSIDERACIONES PREVIAS

Con el término sociedades de capital, se hace referencia a tres clases de sociedades mercantiles, entre las que se encuentran las Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 1 LSC), que cuentan con la característica común frente a las denominadas sociedades personalistas, de la especial relevancia de las aportaciones que los socios hagan a la sociedad y no de las condiciones personales de los socios. Actualmente, tras la entrada en vigor de la LSC el 1 de septiembre de 2010, se integra en un único cuerpo legal la regulación de las sociedades de capital, sustituyendo para la Sociedad Limitada, la regulación contenida en la LSRL.

Según el texto legal, la constitución de este tipo de sociedad exige, además del cumplimiento de unos requisitos formales imperativos, que para la asunción de participaciones sociales, los socios realicen aportaciones a la sociedad, permitiendo a ésta formar su propio patrimonio, diferenciado del de los socios. Así, el art. 78 LSC exige que los socios desembolsen íntegramente el valor nominal de las participaciones asumidas; ello no implica necesariamente la aportación de dinero a la sociedad, sino que resulta posible la aportación de otros bienes o derechos patrimoniales, siempre que los mismos sean susceptibles de valoración económica (art. 58.1 LSC), dando lugar a las aportaciones no dinerarias o *in natura*. De esta forma, será posible la aportación a la sociedad de un título de crédito, tal y como se analiza en la primera cuestión; de un bien inmueble, objeto de la segunda cuestión, e incluso de una empresa, como se examina en la cuestión tercera.

Dichas aportaciones de bienes o derechos de carácter tan diverso dan lugar al planteamiento en el supuesto analizado de diferentes cuestiones jurídicas que han de ser resueltas en sede de diferentes ámbitos jurídicos: el penal, cuando con ocasión de la aportación se produce un ilícito de este tipo; el civil, cuando se producen reclamaciones dominicales por parte de terceros relativas al bien inmueble aportado o el mercantil, al referirse a la transmisión previa del establecimiento mercantil aportado. Además, las aportaciones no dinerarias conllevan la aplicación de un régimen propio de obligaciones y responsabilidades para el aportante, con el fin de asegurar la efectividad de las aportaciones, que será distinto en función de si lo que se aporta es un derecho de crédito (art. 65 LSC), un bien inmueble (art. 64) o un establecimiento mercantil (art. 66).

El supuesto analizado aborda en sus cuestiones cuarta y sexta determinadas problemáticas suscitadas en el seno de la sociedad, una vez la misma entra en funcionamiento, fundamentalmente referidas al régimen de impugnación de acuerdos sociales presente en la LSC –recientemente modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre-, y a los regímenes de responsabilidad y de remuneración de los administradores –ambos afectados también por la reforma y que han dado lugar a numerosos pronunciamientos en sede jurisprudencial-.

Por último, debe apuntarse que, como característica esencial, la Sociedad de Responsabilidad Limitada permite al socio no asumir responsabilidad personal alguna por las deudas sociales (art. 1.2. LSC), por lo que, con carácter general, los acreedores de la sociedad podrán dirigirse exclusivamente contra la sociedad deudora para la satisfacción de sus créditos. No obstante, este presupuesto básico puede superarse, ante la concurrencia de determinadas circunstancias, sobre la base de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y la responsabilidad de los administradores sociales, materias abordadas en la quinta de las cuestiones planteadas.

ANTECEDENTES DE HECHO

En mayo de 2006, Don Adrián Gómez, Don Alejandro Hernández, D^a Teresa Medina, Don Daniel López y D^a 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 m² 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^a Soledad García, planteándose tras la misma diferentes controversias entre las partes.

Por un lado, D^a 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^a 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^a 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^a 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^a 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^a 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^a Inmaculada, D. Alejandro y D. Adrián deciden marcharse de la sociedad, comprando sus acciones por mitad D. Daniel y D^a Teresa, convirtiéndose D. Daniel en administrador único, tras la correspondiente modificación de los estatutos. Sin embargo, tras unos meses, los problemas financieros de la empresa comienzan a ser muy acuciantes, provocando el impago de facturas de distintos proveedores y deudores, por lo que ambos socios deciden interrumpir la actividad de la empresa, sin llevar a cabo ningún trámite.

Semanas más tarde, ambos deciden constituir una nueva sociedad, “*A tu medida, S.L.*”, con la esperanza de tener mayor fortuna, en la cual D^a 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.

1. CUESTIÓN I: Consecuencias jurídicas de la aportación de pagaré falso

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?

A) Delimitación de la cuestión

En primer lugar, en relación a los hechos planteados, y con el objetivo de delimitar la cuestión, habremos de referirnos a la aportación social realizada por Adrián Gómez, la cual se corresponde con una aportación no dineraria o *in natura*¹ (el objeto de aportación es un derecho patrimonial susceptible de valoración económica, tal y como permite el art. 58 LSC) y más concretamente se trata del aporte de un derecho de crédito (art. 65 LSC).

La aportación se realiza, según el relato fáctico, por medio de un pagaré en el que consta una obligación de pagar una determinada suma de dinero a favor de Don Adrián, el cual como aportante es responsable de la existencia y legitimidad del título, tal y como se analizará posteriormente.

Por ello, habremos de acudir al concepto de pagaré que nos proporciona la LCCH, al regular sus requisitos en su artículo 94, en la medida en que es el elemento a través del cual se instrumentaliza la conducta del aportante. Así, el pagaré es un título o documento que contiene una promesa de pago hecha por la persona que lo emite (firmante o librador), quedando directa y personalmente obligada a su cumplimiento en favor de otra persona (beneficiario o tenedor) en la fecha y lugar determinados. En definitiva, se trata de un título-valor “jurídico-obligacional” que incorpora un derecho de crédito en sentido jurídico estricto, *i.e.*, el derecho a exigir de un deudor la realización de una prestación, garantizado por el conjunto del patrimonio del mismo².

El relato indica que se consideran probados los siguientes hechos: la falta de autenticidad de la firma obrante en el pagaré (que en principio, habría de corresponder al supuesto librador del mismo, “Construcciones Manolo, S.L.”), y del sello que habría de corresponder a la entidad emisora, de forma que se declara que ambos han sido falseados por el aportante. De ello se deduce la falta de legitimidad del citado pagaré, no habiendo sido expedido por la referida mercantil, ni extendida la firma obrante en el mismo por ninguno de sus representantes o empleados con poder suficiente para ello.

También se desprende del relato fáctico que la supuesta entidad emisora no mantenía en ese momento relación mercantil real alguna con el aportante, Don Adrián Gómez, no existiendo por lo tanto operación comercial que pudiera haber justificado la emisión del título, de forma que llegado el vencimiento el día 19 de diciembre de 2006, “Construcciones Manolo, S.L.” se niega a hacer efectivo el mismo.

Teniendo en cuenta que de los hechos descritos pueden deducirse diferentes consecuencias jurídicas en diversos ámbitos del Derecho, se hará referencia en primer

¹ V. Artículos 63 a 77 de la LSC

² GARCÍA-PITA Y LASTRES, 2006.

lugar a las posibles consecuencias jurídico-penales de la conducta y los hechos considerados.

B) Consecuencias jurídico-penales

Por lo que se refiere al ámbito penal, procede examinar la posible concurrencia de alguna conducta típica según la norma penal aplicable al caso, así como las consecuencias que la misma prevé en el supuesto de que exista tal ilícito. Para tal fin, ha de hacerse referencia a la determinación de la norma penal aplicable en el supuesto descrito, la cual determinará tanto la concurrencia o no de un ilícito penal como las consecuencias que al mismo han de ser aplicadas desde la perspectiva del Derecho Penal.

En este sentido, el art. 7 del CP señala que “*a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar*”; en consecuencia, en el supuesto planteado se considera *a priori* como ley aplicable el Código Penal vigente en el momento de comisión de los hechos, esto es, en mayo del año 2006, a salvo de las consideraciones que se realizarán posteriormente a este respecto. Así, una vez determinada la ley aplicable, a continuación se analiza la posible concurrencia de una conducta típica por parte de Don Adrián Gómez, según los hechos probados.

Para comenzar, se hará referencia a la posible concurrencia de alguno de los delitos incluidos bajo la denominación de “falsedades documentales”³, concretamente en alguno de los tipos contemplados bajo el rótulo “De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación”⁴. En este tipo de delitos, el sujeto activo altera un documento auténtico o confecciona uno inauténtico de modo que sirva como medio de prueba de algo inveraz, atacando así la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos (SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAILLO, 2008). A su vez, reiteradas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁵ hacen referencia a la existencia tanto de un requisito subjetivo, concerniente al “*dolo falsario o voluntad de alterar conscientemente la verdad (denominada mutatio veritatis) por medio de una acción que quiere trastocar la realidad convirtiendo en verdad aparente lo que no es*”; como de un requisito objetivo de materialización concreta de esa inveracidad que afecte a extremos esenciales del documento⁶.

La cuestión referente al bien jurídico protegido en este tipo de delitos ha suscitado diversas consideraciones en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, aunque la posición mayoritaria se refiere a la tutela del correcto desarrollo de las funciones que el documento realiza en el tráfico jurídico o la funcionalidad del documento (FERNÁNDEZ PANTOJA, 1996).

En relación al momento en que se produce la consumación del delito, tampoco existe un criterio doctrinal y jurisprudencial uniforme, sosteniendo algunos autores como QUERALT JIMÉNEZ (2015) que es necesaria la entrada en el tráfico jurídico del

³ De las mismas se ocupa el cap. II, del Tít. XVIII, Libro II del CP

⁴ De estas falsedades se ocupa la sección primera del cap. II del CP.

⁵ Vid. en este sentido, entre otras muchas, las SSTS [2ª] de 25 de septiembre de 2002 y 4 de mayo de 2007.

⁶ Así, el Tribunal Supremo ha afirmado en multitud de ocasiones que se consideran impunes aquellas falsedades documentales que afecten tan sólo a elementos inocuos o intrascendentes del documento (por todas, las SSTS [2ª] de 25 de septiembre de 2002 y 4 de mayo de 2007) o aquellas cuya alteración documental resulta tan “grosera” o “burda” que cualquier persona puede fácilmente advertirla y por lo tanto difícilmente puede llegar a engañar a alguien (SSTS [2ª] de 11 de febrero de 2000 y 16 de octubre de 2003)

documento para que pueda verse afectado el bien jurídico. No obstante, puede sostenerse, al igual que ARROYO DE LAS HIERAS (2005), haciendo una interpretación *ad litteram* del art. 390 del CP cuando dice “*alterando un documento*” o “*simulando un documento*”, que el delito se consuma con la creación o alteración del documento, siempre que el mismo ofrezca una idoneidad suficiente, siquiera potencial, para surtir efectos en el tráfico⁷.

En el supuesto planteado, teniendo en cuenta los hechos que se consideran probados, a la conducta llevada a cabo por Don Adrián resultaría de aplicación el precepto 392 del CP, que castiga al “*particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390*”, *i.e.*, a aquel que alterare algún elemento esencial de un documento, simular un documento en todo o en parte, suponga la intervención en un acto de quien no la ha tenido o atribuyese manifestaciones diferentes a quién si ha intervenido.

Conviene subrayar aquí, por lo tanto, la concurrencia de los elementos recogidos en el precepto legal señalado para constatar si efectivamente el mismo resulta de aplicación a la conducta descrita.

En primer lugar, el precepto hace referencia a la condición de *particular* del sujeto activo, contraponiéndolo a la autoridad o funcionario público a que se refiere el art. 390 CP. A este respecto, el pagaré es un documento en el que no es necesaria la participación de una autoridad o funcionario público (art. 24 CP) que actúe en el ejercicio de su función para su expedición, y por lo tanto no se plantea la aplicación del art. 390 CP, teniendo Don Adrián la cualidad de particular a estos efectos.

Es necesario señalar además el tipo de documento objeto de la falsificación, que en este supuesto se trata de un *documento mercantil*. En este sentido, mientras que el art. 26 del CP recoge que “*se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”, la norma no contiene una definición de lo que debe entenderse por *documento mercantil*. De ahí que hayan sido la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y la doctrina científica las encargadas de su concreción⁸, y a los efectos que aquí interesan, se acepta de forma prácticamente unánime⁹ la inclusión del pagaré dentro de esta categoría¹⁰, en la medida en que los títulos-valores son citados a menudo como ejemplos paradigmáticos de documento mercantil (VARONA GÓMEZ, 2002).

En último lugar, en relación a la conducta del señor Gómez, se desprende del relato fáctico que el mismo simula la firma del librador, que sería el titular habilitado para disponer de los fondos contra los que se gira el pagaré. A este respecto, tanto la doctrina

⁷ Así lo entiende también la jurisprudencia, aunque vacilante, del Tribunal Supremo al afirmar que “*la falsedad en documento mercantil u oficial no requiere perjuicio efectivo ni intención de causarlo y se consuma con la mera alteración [de la funcionalidad del documento] a través de cualquiera de las conductas del art. 390 del CP*” (STS [2ª] de 19 de febrero de 2003).

⁸ Tradicionalmente la jurisprudencia ha optado mayoritariamente por una interpretación extensiva del concepto, aunque a partir del año 1900 comienza a cobrar importancia una nueva posición jurisprudencial que va delimitando el mismo, tal y como venía manteniendo la doctrina.

⁹ En contra, FERNANDEZ PANTOJA (1996), consideró que no deberían equipararse a los documentos públicos u oficiales al entender que su falsedad no produce efectos en el potencial perjuicio al tráfico jurídico ni los mismos incorporan dato alguno acerca de la operación mercantil de la que proceden.

¹⁰ Así, se consideran mercantiles aquellos documentos “*expresamente regulados como tales en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, tales como letras de cambio, pagarés o cheques (...)*” (STS [2ª] de 16 de febrero de 2006).

como la jurisprudencia califican unánimemente la simulación de firma del librador de un título-valor como falsedad en documento mercantil, aunque difieren en la subsunción de este supuesto en las diferentes modalidades falsarias del artículo 390 CP¹¹.

Una vez constatada la posibilidad de que la conducta referida sea subsumida en la conducta típica del art. 392 CP, esto es, que nos encontramos ante un delito de falsedad en documento mercantil, procede valorar la calificación jurídico-penal del uso posterior que el señor Gómez da al pagaré falsificado, pues este uso posterior del documento falso puede dar lugar a la aplicación de un concurso de delitos en materia penal.

Por un lado, conviene dejar sentado que tal y como apuntan SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAILLO (2008), no se considera apropiada la aplicación simultánea del art. 393 CP¹², en la medida en que se desprende de los hechos que quien hace uso del pagaré es la misma persona que lo falsificó, por lo que esta segunda conducta resultaría impune al quedar absorbida por la primera (se aplica, por tanto, el concurso aparente de normas a que se refiere el artículo 8 del CP, que se resolvería en favor del art. 392 CP).

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, si el empleo posterior del documento falso da lugar a la comisión de otro delito, sí podría existir un concurso de delitos. Y ello sucede en casos como el planteado, en el que el pagaré es utilizado como medio a través del cual se encauza el engaño propio de la estafa. Así, recoge el art. 248.1 CP, que cometen estafa aquellos que “*con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*”, calificándose como delito de estafa por el art. 249 CP en el caso de que la cuantía de lo defraudado excede de 400 euros¹³. El bien jurídico protegido en este delito, al contrario de lo que se apuntaba respecto a las falsedades, es el patrimonio personal (que incluye los bienes y derechos de cualquier clase de los que es titular una persona física o jurídica). En todo caso, es imprescindible que exista una relación de causalidad entre los elementos básicos del tipo, esto es, el engaño debe ser causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser causa del perjuicio patrimonial¹⁴.

En numerosas ocasiones se ha destacado que el elemento fundamental de la estafa lo constituye el engaño, como maniobra, ardid o argucia que se utiliza para inducir a error y provocar un conocimiento inexacto y deformado de la realidad, que determina a otro a realizar una disposición patrimonial, que de otra manera no hubiera realizado (STS [2ª] de 3 de julio de 2006). Este engaño ha de ser “bastante”, ha de tener la suficiente entidad para inducir a error en el sujeto pasivo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes

¹¹ En el caso de la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS, en la mayor parte de los pronunciamientos al respecto no se observa concreción respecto a la modalidad falsaria por la que se condena, sino una referencia genérica a los arts. 392 y 390 (v.gr. SSTS 5 de diciembre de 2012 y 15 de marzo de 2001). Por el contrario, la mayoría de la doctrina penal se inclina por la subsunción del supuesto en la modalidad del art. 390.1.2ª, dada la alteración del carácter auténtico del documento, y rechaza la aplicación de la modalidad tercera al entender que dado que el documento emana exclusivamente de la manifestación de voluntad plasmada en la firma, no se simula la intervención en un acto sino *el* acto del libramiento (VARONA GÓMEZ, 2002).

¹² Este precepto castiga a aquel que “*a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes*”, esto es, castiga el uso de un documento público, oficial o mercantil falso.

¹³ Art. 249 en la redacción correspondiente a mayo de 2006, reformado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁴ Vid. por todas, STS [2ª] de 19 de julio de 2013.

en el caso, entre ellas las personales de quienes se dicen estafados¹⁵ (SAP Madrid de 22 de marzo de 2010 y STS [2ª] de 5 de diciembre de 2012).

En el caso planteado, el pagaré, como documento falso, no es más que el medio empleado por Don Adrián para la consecución del engaño propio de la estafa, el engaño bastante para producir error en los demás socios de la empresa “*Tu Piel, S.L.*” y, en consecuencia, provocar la entrega de participaciones sociales a cambio (acto de disposición patrimonial), al confiar los socios en la solvencia que ficticiamente se aparenta con la entrega del pagaré. De esta forma, el engaño constitutivo de la estafa se plasma en el caso descrito, en la simulación, mediante la falsificación de la firma de la persona autorizada para el pago del título-valor, de un poder de disposición sobre los fondos contra los que se libra el pagaré, del que en realidad se carece.

Tal y como se ha hecho referencia *ut supra*, ha de comprobarse que la falsificación realizada sea en cierto grado verosímil, pues de lo contrario ello implicaría un engaño burdo e insuficiente por tanto para considerarlo “bastante”. No obstante, al respecto, la jurisprudencia ha manifestado reiteradamente que:

“el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado” (STS [2ª] 11 de julio de 2000).

Así, en los delitos de falsedad documental del artículo 392 no se precisa dolo de perjudicar o perjuicio real, pero puede acompañar a los mismos en caso de empleo de documento falso para engañar a otro y conseguir que efectúe un acto de disposición produciéndose así un concurso con la estafa (ARROYO DE LAS HERAS, 2005).

Además de lo anterior, cabe señalar la existencia en el momento de comisión del delito (mayo de 2006) de un tipo de estafa agravada o cualificada, cuando la misma “*se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio*”, recogido en el artículo 250.1.3º, en su redacción antes de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal¹⁶, la cual suprime esta agravación, tal y como venía siendo demandado por parte de la doctrina (SUÁREZ MONTES, 1995)¹⁷. Respecto a esta estafa cualificada, sea cual sea la postura que se tome respecto a su fundamento, tanto la doctrina penal como la jurisprudencia mayoritarias consideraron adecuada la aplicación de la misma en casos como el presente, en el que la

¹⁵ La jurisprudencia de la Sala 2ª del TS ha ido perfilando este requisito hasta afirmar que “*únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es “bastante”*” (STS de 10 de diciembre de 2008).

¹⁶ Esta reforma entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, seis meses después de su publicación en el BOE.

¹⁷ Respecto al fundamento de la agravación de la pena recogida en el art. 250.1.3º, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia penal pueden observarse distintas posturas y argumentos: desde aquellas que apuntan hacia una especial tutela de la seguridad del tráfico mercantil de los títulos-valores o a la mayor lesividad del medio empleado para el engaño (por su idoneidad para vencer las barreras de autoprotección de la víctima) hasta aquellas que consideran que debería restringirse la aplicación de esta agravante a los casos en que la estafa tiene lugar por medio de una falsificación del título-valor.

maniobra fraudulenta se instrumentaliza mediante la falsificación del título-valor¹⁸ (VARONA GÓMEZ, 2002).

Cuestión distinta, y que generó controversia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es la respuesta que habría de darse a la cuestión relativa a la aplicación de un concurso de leyes o de delitos respecto de la estafa cualificada, por ser cometida mediante cheque, pagaré o letra de cambio cuando la falsedad en documento mercantil es el medio para cometer la estafa¹⁹. A este respecto, tal y como recoge RIVES SEVA (2013), la situación obtuvo tres respuestas diferenciadas por parte de la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS: la *doctrina de la consunción*, según la cual se estaría ante un concurso aparente de normas entre el delito de falsedad y la estafa cometida a través de un título-valor, que debe resolverse de acuerdo con el art. 8.3º del CP a favor del tipo de estafa agravado del art. 250.1.3º; la *doctrina del concurso medial* entre la falsedad y la estafa agravada del art. 250.1.3º a resolver por la aplicación de las reglas del concurso medial entre ambas figuras y con aplicación del art. 77 del CP y la *doctrina de la autonomía de ambas figuras* y, en particular, manteniendo el desvalor específico de la falsificación, independientemente de su posterior uso para estafar, en cuyo caso se estaría en un concurso medial entre la falsedad y la estafa básica del art. 248, sin aplicación del art. 250.1.3º porque el desvalor de la falsificación ya queda sancionado con la autónoma punibilidad de la falsedad (STS [2ª] de 6 de marzo de 2007 y de 31 de octubre de 2002).

Lo anterior muestra la existencia de resoluciones contradictorias en la materia, sin que hubiese un criterio consolidado, situación a la que se puso fin tras el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS de 8 de marzo de 2002 en el que opta por la *doctrina del concurso medial* (la cual terminó imponiéndose en la jurisprudencia), al entender que “*la falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa, debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del art. 250.1.3º CP y la falsedad en documento mercantil del art. 392*”, a resolver por el art. 77 CP.

No obstante, con posterioridad, la LO 5/2010, de 22 de junio, modifica el artículo 250.1 CP al eliminar el subtipo agravado de estafa²⁰, por lo que a partir de ese momento el reiterado supuesto sigue las reglas del concurso medial entre el artículo 392 CP y la estafa *básica* del art. 248 CP, en la medida en que si la falsificación es de documento público, se ocasiona un daño distinto del patrimonial derivado de la estafa, plus de

¹⁸ En contra, SUÁREZ MONTES (1995) defiende la no aplicación de la agravante, al entender que entonces recibirían la misma pena los casos en los que la estafa se realiza mediante títulos-valores falsos y aquellos en los que la estafa se instrumenta mediante títulos-valores no falsificados. No obstante, según se expondrá a continuación, el entendimiento de que el primer supuesto da lugar a la existencia de un concurso de delitos entre la estafa y la falsedad de documento mercantil, permite salvar la objeción de este autor.

¹⁹ La doctrina penal se mostró dividida en este punto: el sector mayoritario, con el que se concuerda, abogaba por la aplicación de un concurso de leyes por consunción en favor del subtipo agravado de estafa al entender que el mismo contemplaba ya el supuesto de la falsificación de los títulos-valores empleados como medio fraudulento (su punición separada comportaría una lesión al principio “non bis in ídem”, sancionándose la conducta sobre el título-valor doblemente: como presupuesto para la agravación y como objeto material de la falsedad); otro sector doctrinal defendía la aplicación conjunta de ambos delitos por considerar que el subtipo agravado contemplaba también aquellos supuestos en los que sobre el título-valor no media falsificación alguna (por lo que, cuando la misma tiene lugar existiría un plus de desvalor de la acción no contemplado por la agravación).

²⁰ En su Exposición de Motivos se hace referencia al problema planteado en la práctica jurisprudencial por la aplicación de la agravante, considerándose innecesarias las “*dobles valoraciones jurídicas*” y la “*valoración separada*” del instrumento y materialización del engaño.

antijuridicidad que debe sancionarse por vía del concurso medial de delitos (STS [2ª] de 12 de junio de 2012).²¹

Así, según jurisprudencia consolidada, este tipo de conductas “*comportan una agresión al patrimonio del defraudado, pero también una vulneración del bien representado por la funcionalidad de un instrumento de pago distinto del dinero, como lo es el pagaré, esencial para el desarrollo de las relaciones mercantiles, [por lo que] la calificación por separado de los dos delitos en presencia goza de pleno fundamento*” (por todas, véase la sentencia del TS [2ª] de 5 de diciembre de 2012).

Pues bien, volviendo al supuesto que nos ocupa, y teniendo en cuenta las consideraciones apuntadas con anterioridad acerca de la ley penal aplicable en el tiempo, resulta fundamental señalar, por la gran relevancia penológica que ello conlleva, qué regulación de las dos descritas es la aplicable en este supuesto²². *A priori*, tal y como se había adelantado con anterioridad, se consideraría como ley aplicable al caso el Código Penal en su redacción vigente en mayo de 2006, teniendo en cuenta el principio general de irretroactividad de la norma penal. No obstante, en virtud del principio de aplicación retroactiva de la Ley penal favorable al acusado recogido en párrafo segundo del art. 2 CP, si se juzgase el delito con posterioridad a la entrada en vigor de la mencionada reforma (23 de diciembre de 2010), habría de tenerse en cuenta la eliminación del subtipo agravado, aplicando por lo tanto retroactivamente la reforma (en este sentido, la STS [2ª] de 31 de mayo de 2011).

Llegado este punto, podría plantearse una última cuestión en relación a las consecuencias jurídico-penales del supuesto descrito, y es la posibilidad de que el señor Gómez hubiese obtenido de forma ilícita el pagaré en blanco, por ejemplo, mediante la sustracción previa del mismo, o de un talonario de pagarés sin rellenar empleado por “*Construcciones Manolo, S.L.*”. En este caso, surge la posibilidad de imputar la comisión de una falta de hurto del art. 623.1 CP (hoy, delito leve de hurto del art. 234.2²³) por la conducta previa a la falsedad, aún ante la aparente ausencia de valor económico del pagaré en blanco²⁴; sin embargo, en supuestos como el descrito, en el que el título es el medio empleado para cometer posteriormente una estafa, la sustracción ha de entenderse subsumida en el delito principal, en la medida en que “*la acción es única y el bien jurídico protegido es el mismo: el patrimonio de la empresa*” (STS [2ª] 28 de septiembre de 1992).

C) Consecuencias en el ámbito civil-mercantil

Por otra parte, una vez analizadas las consecuencias de la conducta definida en el ámbito jurídico-penal, otro de los puntos a tratar será el de los posibles efectos en otros ámbitos del Derecho.

²¹ En el caso de que la falsificación se efectuase en un documento privado (art. 395 CP), la falsedad quedaría absorbida por la estafa, dado que el perjuicio buscado por aquella es el mismo que el perseguido por la estafa, por lo que estaríamos ante un concurso aparente de normas (art. 8.3 CP).

²² El *quid* se centra por lo tanto en determinar si habrá de aplicarse o no la agravante específica de estafa, recogida en el párrafo tercero del art. 250.1. CP (en su redacción original obra de la LO 10/1995) y posteriormente eliminada por la reforma operada a través de la LO 5/2010, de 22 de junio.

²³ Tras la derogación del Libro III del CP (*Faltas y sus penas*) llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁴ Tal y como afirma VARONA GÓMEZ (2002), tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias admiten la condena por falta de hurto al entender que el título-valor no carece de valor económico (STS [2ª] de 27 de marzo de 2000 y SAP Sevilla, de 24 de octubre de 2000)

En primer lugar, cabe hacer una referencia sucinta a la responsabilidad civil a la que podría hacer frente Don Adrián, pues tal y como afirma el art. 116 CP toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente. A este respecto, a tenor de lo dispuesto por el art. 109 CP, la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios causados.

Por otro lado, habrá de tenerse en cuenta el régimen de responsabilidad previsto para las aportaciones no dinerarias de derechos de crédito del art. 20 LSRL, vigente en el momento de comisión de los hechos, que remite al art. 39.2 TRLSA (hoy, art. 65 LSC). Según el mismo, y dado que en este caso se aporta a la sociedad un título en el que consta una obligación de pagar una suma de dinero a favor de Don Adrián (título de crédito), el aportante ha de responder de la legitimidad del mismo (esto es, de que existe y es exigible), y de la solvencia del deudor, como modo de garantía para la sociedad.

2. CUESTIÓN II: Propiedad discutida del inmueble aportado en sociedad

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

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

A) Derecho de propiedad sobre el bien inmueble aportado

En lo tocante a estos hechos, conviene analizar en primer lugar la cuestión relativa a la adquisición de la propiedad respecto a la franja de terreno litigiosa por parte de la sociedad “*Tu Piel, S.L.*”, determinando, si procede, el origen de dicha adquisición.

A priori, teniendo en cuenta que el punto de partida es la aportación a la sociedad de una finca propiedad del socio Alejandro Hernández, y considerando probado según el relato fáctico que en la misma se había edificado una nave cuya construcción invadió una fracción de setenta y cinco metros cuadrados de terreno pertenecientes a una finca colindante con aquella, habrá de considerarse en primer lugar si en el momento de dicha aportación social Don Alejandro ostentaba la titularidad de la referida franja de terreno.

A este respecto, cabría analizar la posibilidad de que Don Alejandro hubiese adquirido la propiedad de la citada franja de terreno a través de la denominada prescripción adquisitiva, en la medida en que ejercitó una posesión apta para usucapir durante más de diez años (desde octubre de 1995 hasta el momento de la aportación a la sociedad en mayo de 2006): en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida, tal y como exigen los artículos 447 y 1941 del CC.

Así, doctrina y jurisprudencia entienden que posee en concepto de dueño aquel que crea la apariencia hacia el exterior de ser titular de la cosa (o del derecho real, en su caso); asimismo, la jurisprudencia²⁵ ha venido matizando que este concepto posesorio resulta

²⁵ *Ad exemplum*: SSTS [1^a] de 18 de septiembre de 2007 y de 17 de mayo de 2002.

totalmente independiente de cualquier elemento subjetivo o intencional por parte del que posee, afirmando que se refiere a un elemento objetivo consistente en llevar a cabo actos inequívocos que la colectividad entiende que son dominicales, al tratarse de acciones que sólo el propietario puede realizar, actuando en el tráfico como propietario de la cosa, y tan sólo este tipo de posesión puede servir de título para adquirir el dominio (artículo 447 CC). De esto se deduce que estos actos posesorios han de ser también públicos, pues sólo de esta forma puede crearse externamente la apariencia de ser titular y la posesión llegar a ser conocida por el *verus dominus*²⁶ (art. 444 CC). Puede argumentarse aquí, que en el caso observado Don Alejandro actuó en el tráfico como verdadero propietario de la porción de terreno, al menos desde el momento de realizar la construcción de la nave, al llevar a cabo actos que reflejan el ejercicio de un derecho de propiedad, sin tratar de ocultar su posesión o el concepto en que posee: edificación y posterior utilización de una nave perfectamente visible sobre esa parte de la finca y ulterior disposición de la misma a través de una aportación social.

En lo relativo al carácter pacífico de la posesión *ad usucapionem*, en este caso no existe ningún indicio que haga intuir lo contrario, por lo que se asume que la posesión ha sido adquirida de forma no violenta y ha sido ejercida sin oposición (arts. 441 y 444 CC). En relación a la continuidad en la posesión, tampoco consta según el relato fáctico que se haya producido ninguno de los hechos hábiles para interrumpir la posesión contemplados en el art. 1943 CC, y por lo tanto puede admitirse la aplicación de la presunción contenida en el párrafo segundo del artículo 1960 del CC, esto es, se presume la posesión durante el tiempo intermedio al deducirse del caso que una vez comenzada la posesión en octubre de 1995, la nave construida sobre el predio ajeno seguía existiendo en el momento de la aportación (mayo de 2006) e incluso sigue siendo así en marzo del año corriente.

En cuanto al plazo de posesión, dado que los treinta años exigidos para la usucapión extraordinaria por el artículo 1959 del CC, no llegaron a cumplirse (octubre de 1995 a mayo de 2006) en ningún caso podría ser invocada la misma. No obstante, sí se cumplieron los diez años exigidos entre presentes²⁷ para la usucapión ordinaria de inmuebles (artículo 1957 CC), tal y como se indica *ut supra*, por lo que cabría alegar la misma siempre que se cumplieran los requisitos de buena fe y justo título necesarios, según el artículo 1940, para la prescripción ordinaria del dominio.

Procede por tanto analizar la posibilidad de alegar la adquisición de la propiedad mediante usucapión ordinaria con respecto a Don Alejandro a través del examen de los requisitos de buena fe y justo título. *A priori*, dado que la buena fe se presume (art. 434 CC) y no existe ningún dato que desvirtúe tal presunción en el caso expuesto, el *quid* pasa a ser determinar si el señor Alejandro poseía o no con justo título en el sentido del artículo 1952 del CC. Este título deberá ser verdadero y válido (art. 1953), y será aquel que legalmente y en abstracto baste para adquirir el dominio, pero que en el caso concreto resulta ineficaz por concurrir en él algún defecto o vicio, dando sentido a la figura de la usucapión, que cumple la función de salvar tales defectos²⁸. El relato fáctico no aporta ninguna información sobre el título adquisitivo de Don Alejandro, por lo que podrían darse dos alternativas posibles:

²⁶ STS [1ª] de 22 de septiembre de 1984.

²⁷ En caso de que se hubiese producido entre ausentes, lo cual no se deduce de los hechos, el plazo ascendería a veinte años (art. 1958 CC), por lo que en el supuesto contemplado no se cumpliría este requisito.

²⁸ La doctrina jurisprudencial ha analizado abundantemente esta figura, delimitando su significado. Así, *ad exemplum*, la STS [1ª] de 29 de octubre de 2007.

- Que se trate de un caso en el que la posesión haya comenzado por la mera ocupación material de la franja de terreno al construir sobre la misma (situación contemplada por el artículo 441 CC)
- Que haya existido una transmisión previa de la finca de la que es propietario, con un título orientado a transmitir el dominio, en el que se hubiese descrito tal finca de forma que incluyese la franja de terreno de 75 metros cuadrados que en realidad pertenecía a la finca colindante.

En el primero de los casos, no podría aducirse en absoluto la existencia de justo título (y por lo tanto no cabría tampoco alegar la prescripción ordinaria del dominio), mientras que en el segundo estaríamos ante el justo título previamente descrito, al existir un título que en abstracto hubiese bastado para adquirir la propiedad (si la misma no perteneciese al *verus dominus*) y por ello Don Alejandro habría realizado la construcción convencido de estar ejerciendo legítimamente su derecho (y es en este escenario en el que podría aducirse la usucapión ordinaria de la franja). No obstante lo anterior, de los hechos relatados en el supuesto no puede deducirse la existencia de un título como el descrito, y teniendo en cuenta que no cabe en ningún caso la presunción del mismo *a los efectos de la usucapión* a tenor del artículo 1954 CC, se asume su no existencia, *ergo*, se asume que Don Alejandro no habría adquirido por usucapión y no era propietario de la referida franja de terreno en el momento de su aportación a la sociedad “*Tu Piel, S.L.*”.

Considerando que el razonamiento jurídico previo proporciona como conclusión que Don Alejandro, como transmitente en el momento de la aportación social, no habría adquirido mediante usucapión la franja de terreno litigiosa y por tanto no era propietario aunque sí poseía la misma, puede también concluirse que la mercantil no habrá adquirido la propiedad a través de dicha transmisión²⁹. Y ello porque aun existiendo un negocio jurídico traslativo del dominio³⁰ y habiéndose producido la entrega de la cosa mediante *traditio* instrumental³¹, *i.e.*, existiendo el título y el modo exigidos por el artículo 609.II CC, el negocio transmisivo resulta ineficaz al no concurrir la titularidad del transmitente.

Por otra parte, cabría valorar la posibilidad de que la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” hubiese adquirido la titularidad del terreno, si bien no a través de su aportación a la misma (con la que sólo adquirió la posesión en concepto de dueño), sí por usucapión ordinaria (dado que claramente no ha poseído durante el plazo de 30 años exigido por el artículo 1957 CC para la usucapión extraordinaria). Al igual que sucede con la posesión ejercida por Don Alejandro, la sociedad ha ejercido una posesión apta para usucapir tal y como se define en el artículo 1941 CC: en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida; por lo tanto, habrá que valorar tanto el cumplimiento del plazo exigido por el artículo 1957 CC, como la concurrencia de los requisitos de buena fe y justo título.

En relación al requisito de que el usucapiente sea de buena fe, el mismo debe entenderse como la creencia por parte de la sociedad de que Don Alejandro (el transmitente) era titular de la franja de terreno y tenía capacidad para transmitirla (art.

²⁹ Dado que no se proporcionan datos que indiquen lo contrario, se asume que la aportación fue realizada a título de propiedad, de acuerdo con el artículo 60 LSC.

³⁰ Siguiendo a GARRIDO ESPÁ (1997), puede definirse la aportación social como “*el acto o negocio jurídico por el que se produce el desplazamiento del bien económico que la integra desde su titular hacia el patrimonio común societario*”. La de considerar que la aportación social *in natura* supone propiamente un negocio jurídico traslativo de la titularidad del bien aportado es la conclusión más generalizada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, siendo conocida la doctrina contenida en la STS [1ª] de 13 de diciembre de 1982.

³¹ Siguiendo a BERCOVITZ, se admite la aplicación del artículo 1462.II CC., *mutatis mutandis*, a las escrituras notariales de aportación a una sociedad.

1950 CC), valorándose la posible negligencia al desconocer un dato que razonablemente debería haber conocido atendiendo a las circunstancias del caso. En este supuesto, se relata que Don Alejandro aporta a la sociedad una finca de mil metros cuadrados en la que se encuentra edificada una nave (incluyéndose por tanto la franja de terreno litigiosa como parte de la finca aportada), sin que se indique que se haya probado la existencia de mala fe por parte de la empresa. Por lo tanto, dado que la buena fe se presume (artículo 434 CC), se considerará a la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” poseedora de buena fe.

Paralelamente, tal y como se evidenció *ut supra*, la aportación en sociedad constituye un negocio jurídico traslativo de la propiedad, destinado a operar la transferencia del dominio, esto es, la misma hubiese sido bastante para transmitir la titularidad si Don Alejandro hubiese sido propietario de la totalidad del perímetro vendido, por lo que se cumple el requisito del justo título (art. 1942 CC), que además resulta verdadero y válido (art. 1943 CC) dado que nada indica lo contrario.

Queda por lo tanto examinar el cumplimiento del plazo durante el cual ha de prolongarse la posesión *ad usucapionem*, que en este caso es de diez años (art. 1957 CC). En relación a este punto, la sociedad ha contado con la posesión desde mayo de 2006, cuando se produce la aportación social, hasta el momento de solicitud de dictamen en marzo de 2016, por lo que faltarían alrededor de sesenta días para el cumplimiento del plazo exigido para que la sociedad adquiriese por usucapión. No obstante, cabe sopesar la aplicación al caso de la *accessio possessionis*, contemplada en el artículo 1960.1º CC al establecer que “*el poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante*”. En el caso concreto, se considera que no procede su aplicación para completar el plazo de diez años requerido para la usucapión *ordinaria*, dado que tal y como se ha concluido, Don Alejandro carecía de justo título; sin embargo, sí podría unirse su posesión a la de la sociedad para cumplir el plazo requerido por la usucapión *extraordinaria*, aunque en ese caso la misma no se perfeccionaría hasta octubre de 2025, lo cual no resulta beneficioso para la entidad.

B) Acciones del propietario de la finca colindante

En otro orden de cosas, se procede ahora a argumentar sobre las posibles acciones que el propietario de la finca colindante, la cual ha sido invadida parcialmente por la construcción extralimitada de Don Alejandro, podría ejercitar atendiendo a la situación jurídica actual.

Con una interpretación *strictu sensu* de las posibilidades que ofrece el Código Civil ante este tipo de situaciones, el titular de un predio que ha resultado invadido por una construcción extralimitada podría recurrir a dos opciones para defender su derecho de propiedad: emplear la acción reivindicatoria o acudir a la doctrina de la accesión (ÁLVAREZ OLALLA, 1996).

En relación a la acción reivindicatoria, recogida en el artículo 348 CC, es definida como aquella acción real atribuida al propietario no poseedor para obtener la restitución de la cosa del poseedor no propietario, y su ejercicio con éxito en el proceso, prescindiendo de la teoría de la accesión, daría lugar a la demolición de la obra realizada en aquella parte del terreno invadido, con el objeto de dejar el mismo libre, expedito y a plena disposición de su titular. Sin embargo, aun cuando en el presente caso concurriesen

los requisitos para el ejercicio de esta acción³², su planteamiento podría dar lugar a diferentes pronunciamientos por parte de la jurisprudencia.

Así, en algunos casos se ha admitido la procedencia de la acción reivindicatoria (*ad exemplum*, la SAP de Zaragoza de 30 de diciembre de 2013, para un caso en el que el demandado alega prescripción adquisitiva de la franja de terreno invadida por una construcción extralimitada), para luego aplicar el tribunal de oficio la doctrina de la accesión invertida (a la cual se alude *infra*), advirtiendo que ello no supone incongruencia, al entender que:

“el ejercicio de la acción reivindicatoria sobre una porción de terreno que ha sido invadido por una construcción extralimitada desde predio ajeno, comporta la posible aplicación por el tribunal de la doctrina de la accesión invertida cuando resulte procedente, sin que ello suponga alteración alguna de los términos del debate, sino simple conversión cuando no resulta legal ni económicamente posible ordenar la demolición de parte de lo construido por haber invadido en parte terreno ajeno” (STS [1ª] de 26 de abril de 2013).

La mayoría de la jurisprudencia, en cambio, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, ha venido sosteniendo la improcedencia de la acción reivindicatoria en el caso de construcciones extralimitadas, señalando que la misma:

“no es la adecuada para la finalidad de que el demandante recobre el suelo sobre el que por otra persona se haya edificado y al que se ha incorporado lo construido, cuestiones que deben ser discutidas y resueltas con arreglo a los especiales preceptos que determinan los derechos y efectos que se deriven de la accesión” (STS [1ª] de 23 de febrero de 2000, que recoge lo señalado por la STS de 27 de octubre 1986).

Como se apuntaba, la otra posibilidad para el propietario de la finca colindante sería por lo tanto acudir a la doctrina de la accesión, tal y como estima más adecuado la jurisprudencia mayoritaria. En este caso, habrá de valorarse la buena o mala fe por parte del sujeto que realiza la construcción y por parte del propietario del suelo invadido, pues resulta de gran trascendencia para valorar las consecuencias jurídicas que proceden en cada caso. A este respecto, dado que el supuesto presentado no contiene ningún dato que indique la existencia de mala fe en alguna de las partes, se examinarán las consecuencias procedentes para el caso en que tanto el edificante (Don Alejandro) como el dueño del suelo actúan de buena fe³³.

Así, partiendo del principio general que opera en materia de accesión, de que *“lo accesorio sigue a lo principal”*, del que se deriva la regla *“superficies solo cedit”*³⁴, ambos contemplados en los arts. 358 y siguientes del Código Civil en materia de accesión

³² Son exigidos por reiterada jurisprudencia tres requisitos imprescindibles: justificación del dominio por el demandante, identificación de la cosa reclamada y la detentación injusta de la cosa por el demandado (por todas, STS [1ª] 24 de enero de 2003)

³³ La buena fe del edificante consiste en la creencia, mientras dure la construcción o plantación (STS [1ª] de 15 de diciembre de 2006 y 30 de enero de 2007), de la licitud de la construcción por creer que el terreno es suyo o por creerse legitimado por otro título; la mala fe del dueño del terreno se produce cuando el mismo es consciente de la situación y no se opone a la misma (BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, 2009)

³⁴ “la superficie cede al suelo”: en caso de unión indisoluble, se considera como principal al suelo y como accesorio la edificación, plantación o siembra, por lo que el dueño del terreno se convierte en dueño de lo que a él se incorpora (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2009c)

inmobiliaria, pueden alcanzarse soluciones para aquellos casos en los que la construcción o siembra se realiza íntegramente en terreno ajeno. De esta forma, para el caso de una construcción con materiales propios en suelo ajeno en la que media buena fe del edificante, resultaría de aplicación el art. 361 CC, que actúa fundamentalmente como una regla de compensación a quien pierde la propiedad de lo edificado en terreno ajeno al ser de buena fe (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 2009). Este régimen jurídico atribuye al propietario del suelo un derecho potestativo que le permite optar entre hacer suya parte de la obra, previo pago de los gastos útiles y necesarios (art. 361, en relación a los artículos 453 y 454 del CC) o bien obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno.

No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha detectado un vacío o laguna legal en nuestro Derecho en materia de construcciones extralimitadas³⁵, esto es, el caso de quien construyendo “*con materiales propios en su propiedad se excede más allá de la extensión de sus dominios e invade parte de la propiedad ajena*” (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2009c), lo cual *a priori* coincide con el supuesto que se ha venido examinando hasta el momento. Para integrar esta laguna, ante el hecho de que la franja de terreno y el edificio pasan a constituir un todo indivisible, se ha considerado inadecuada la estricta aplicación del art. 361 del CC³⁶, por injusta y antieconómica, por lo que se han propuesto diferentes soluciones por parte de la doctrina³⁷. De ellas, la mayoritaria, y prácticamente unánime en la jurisprudencia (corriente iniciada con la STS [1ª] de 31 de mayo de 1949) ha sido la denominada *accesión invertida*.

Esta institución, de creación jurisprudencial, atribuye la propiedad del suelo al constructor que ha invadido ilegalmente la propiedad ajena (una vez pagado el valor del terreno ocupado y en su caso, la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados³⁸), derogando el principio *superficies solo cedit*, y aplicando el principio general de que lo accesorio sigue a lo principal³⁹ (LASARTE, 2015), considerando en este caso que “*la cualidad de principal se atribuye al edificio unido al suelo cuando el valor de éste es muy inferior al del edificio*” (STS [1ª] 26 de febrero de 1971).

De todo lo referido *supra*, se extrae la conclusión de que el propietario de la finca colindante (dueño del suelo invadido por la construcción extralimitada) cuenta con las siguientes posibilidades para la presentación de la demanda, a saber: el ejercicio de la acción reivindicatoria o la declarativa de dominio en relación a la franja de terreno litigiosa⁴⁰ (si pretende la demolición de la obra); solicitar la aplicación de la accesión,

³⁵ Así, la STS [1ª] de 31 de mayo de 1949, que sigue el criterio acogido por primera vez por la de 30 de junio de 1923, citada en numerosas resoluciones posteriores (v.gr. STS de 23 de febrero de 2000)

³⁶ Su aplicación obligaría a constituir sobre ella una especie de copropiedad que resultaría antieconómica y contraria a las normas de la accesión (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2009c).

³⁷ Desde el génesis de esta problemática han existido diversas propuestas doctrinales: el mantenimiento de propiedades separadas sobre el suelo y la construcción, atribuir la propiedad al dueño de la parte de suelo más importante o extensa (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 2009) e incluso la accesión horizontal, en la que se confrontarían ambos suelos para determinar cuál de ellos es el principal y cual el accesorio (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2009a)

³⁸ Este abono comprende el menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación que se produce (STS [1ª] 10 de noviembre de 2004 y 12 de febrero de 2008)

³⁹ Parte esta línea jurisprudencial de la STS [1ª] de 31 de mayo de 1949, seguida por otras muchas posteriores como las SSTS [1ª] de 19 de abril de 1988 y 29 de julio de 1994. En contra, otra línea jurisprudencial encuadra la figura, no en el campo de los principios generales, sino que la configura como una ejecución forzosa de la segunda opción que ofrece el artículo 361 CC al propietario del suelo invadido (SSTS 10 de diciembre de 1980 y 6 de noviembre de 1992).

⁴⁰ Esta es la opción más frecuente en la práctica, con los inconvenientes ya comentados que la misma conlleva, de forma que la probable actuación del demandado (la sociedad “*Tu Piel, S.L.*”) será la de oponerse a la reivindicatoria alegando su prescripción adquisitiva de la franja de terreno invadida, o bien

pudiendo optar desde un primer momento por la segunda posibilidad que ofrece el artículo 361 del CC⁴¹ (si pretende la enajenación del suelo al edificante) o bien alegando directamente la doctrina de la accesión invertida⁴².

No obstante, en caso de no pretender la demolición de la obra, sino optando por obtener una indemnización por el terreno invadido, resulta poco aconsejable acudir directamente al ejercicio de la segunda posibilidad ofrecida por el artículo 361 CC (“obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno”), pues en ese caso la cantidad a percibir por el titular de la finca colindante probablemente será menor respecto al caso en que se aplicase la doctrina de la accesión invertida. Ello se debe a que en caso de optar por la aplicación de la segunda opción que ofrece el artículo 361 CC, el titular del suelo invadido recibirá, tal y como apunta la literalidad del precepto, *el precio del terreno*; mientras, si se aplica la doctrina de la accesión invertida, tal y como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009) habrá de indemnizarse al propietario del suelo por dos conceptos distintos: el valor actual del terreno invadido y en aplicación del 1902 CC, por los daños y perjuicios causados, como la minusvaloración del resto del terreno debida a la invasión (STS [1ª] de 29 de julio de 1994 y 27 de enero de 2000).

Por último en lo que se refiere al ejercicio de acciones por parte del propietario de la finca colindante, ha de tenerse forzosamente en cuenta, especialmente si se pretende el planteamiento de la acción reivindicatoria o de la declarativa de dominio, el plazo restante para que la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” complete el plazo de diez años de posesión ininterrumpida para alegar la adquisición de la propiedad de la franja de terreno reivindicada por el propietario del predio colindante. Y ello debido a que el plazo de usucapión ordinaria podría completarse, permitiendo a la sociedad alegar esa usucapión, si se opta por el planteamiento directo de la citada acción, dado que la posesión *ad usucapionem* no se interrumpe civilmente hasta la *citación judicial* hecha al poseedor (artículo 1945 CC), esto es, hasta que se produzca un acto del juez (como la notificación de la demanda). Para evitar esta posible situación, puede acudirse a la opción facilitada por el artículo 1947 CC, que establece que “*también se produce la interrupción civil por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda*”; de esta forma, la interrupción de la usucapión se retrotrae hasta el momento de solicitud de la conciliación (art. 479 LEC [1881], hoy derogado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que incorpora la misma previsión en su art. 143).

C) Consecuencias para el aportante

El art. 20.2 LSRL, en remisión al art. 39 TRLSA (hoy, art. 64 LSC) contempla el régimen de responsabilidad para el aportante en el caso de las aportaciones de bienes muebles e inmuebles, tal como sucede en el supuesto. Según este régimen, el aportante (en este caso, Don Alejandro) estaría obligado al saneamiento de la finca aportada en los términos establecidos por el CC para el contrato de compraventa, si se privase a la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” de parte de la finca aportada en virtud de sentencia firme: por

solicitar la aplicación de la doctrina de la accesión invertida (o solicitar la misma en su contestación de modo subsidiario)

⁴¹ Caso mucho más infrecuente en la práctica, aunque existen algunos ejemplos en los que el titular del suelo invadido opta directamente por solicitar que el edificante pague el valor de la franja de terreno litigiosa (en este sentido, la STS [1ª] 11 de diciembre de 1978).

⁴² El Tribunal Supremo ha aceptado la solicitud directa de aplicación de la accesión invertida por parte del demandante (STS 12 de diciembre de 1995), aunque ello resulta extremadamente infrecuente en la práctica.

ejemplo, en caso de que el propietario de la finca colindante ejercitase con éxito una acción reivindicatoria sobre la franja de terreno litigiosa. A ello se refieren el art. 1474 CC, al establecer que en virtud del saneamiento, el vendedor debe responder frente al comprador de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida, y el art. 1475 CC, en relación a la evicción de todo o parte de la cosa.

3. CUESTION III: Compraventa de empresa previa a su aportación social

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

A) Delimitación de la cuestión

En términos de la aportación social que realiza Doña Teresa a “*Tu Piel, S.L.*”, se puede hablar aquí de una aportación de empresa o establecimiento mercantil⁴³ (la cual constituye una aportación no dineraria al igual que en el caso de los socios Adrián Gómez y Alejandro Hernández). Ha de destacarse que para este tipo de aportaciones el artículo 20.2 LSRL, remitiéndose al artículo 39.3 TRLSA, dejaba sentado que el aportante queda obligado al saneamiento del conjunto del establecimiento, en caso de que existiese un vicio o evicción que afectase a su totalidad o a algún elemento esencial, o bien al saneamiento individual de elementos que sean de importancia por su valor patrimonial⁴⁴.

Según el relato fáctico, el establecimiento mercantil aportado (en el cual se desarrollaba una actividad empresarial relativa a la realización de arreglos y adaptaciones en prendas de textil) había sido transmitido previamente a Doña Teresa mediante contrato de compraventa concertado en agosto del año 2004. A este respecto, procede conocer las características esenciales de este negocio jurídico en la medida en que ello resulta fundamental para dar respuesta a las cuestiones suscitadas a raíz del mismo.

Teniendo en cuenta que la empresa es susceptible de ser objeto de negocios jurídicos de distinta índole y naturaleza, la compraventa es el supuesto más frecuente de transmisión *inter vivos* del mismo, consistiendo en una transmisión voluntaria realizada de manera directa, esto es, en la cual el objeto del negocio es el establecimiento, que es el que cambia de titular⁴⁵.

Pues bien, a pesar de la relativa frecuencia de esta modalidad contractual, la empresa como objeto de transmisión no ha recibido hasta el momento en el Derecho español un tratamiento jurídico específico y unitario, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno (HERNANDO CEBRIÁ, 2002), contando sólo con

⁴³ En sentido jurídico, el establecimiento mercantil puede definirse como el conjunto de elementos materiales y personales organizados por el empresario individual (o por la sociedad mercantil) para el ejercicio de una o varias actividades empresariales; así, desde esta perspectiva, establecimiento equivale a empresa en sentido objetivo (ROJO, A., 2014)

⁴⁴ Desde el 1 de septiembre de 2010, la cuestión se encuentra regulada en el artículo 66 LSC, el cual mantiene la literalidad del referido precepto del TRLSA.

⁴⁵ Por el contrario, en aquellos casos de transmisión indirecta, el objeto del contrato son las acciones o participaciones en que se divide el capital de una sociedad cuyo único elemento patrimonial lo constituye el establecimiento, por lo que en este caso lo que cambia de manos es la sociedad y no el establecimiento (cuyo titular seguirá siendo la sociedad) (ROJO, A., 2014).

regulaciones parciales y sectoriales referidas fundamentalmente a la transmisión en caso de concurso de acreedores (arts. 148.1 y 149.1.1ª LC) y a la aportación a una sociedad de capital (art. 66 LSC).

Esta insuficiencia de regulación al respecto hace necesario recurrir, por un lado, a la autonomía de la voluntad y a las normas particulares del Derecho Privado que regulan la transmisión de los diferentes elementos que conforman la empresa (lo cual plantea problemas en términos de coordinación y adaptación), y por otro, a criterios jurisprudenciales y posiciones doctrinales que se han ocupado de la materia, para dirimir los problemas con trascendencia jurídica que esta transmisión genera. Siendo cierto lo anterior, no puede dejar de mencionarse el hecho de que el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, aprobado en mayo de 2014, ha tratado de colmar esta laguna existente en nuestro ordenamiento al incorporar en su Título III (“De la empresa”) una regulación *ex novo* de las nociones generales sobre la empresa, el régimen aplicable a su transmisión, y el contrato de compraventa de la misma.

No obstante, la compraventa de empresa se configura actualmente y hasta la aprobación de un nuevo Código Mercantil, como un contrato atípico y especial por la propia naturaleza del objeto transmitido, mediante el cual se transmite una unidad patrimonial compleja, integrada tanto por un conjunto organizado de bienes, derechos y obligaciones como por una amplia variedad de relaciones jurídicas y de hecho surgidas de su dinámica productiva e inherentes a su desarrollo (BROSETA PONT, 1968)⁴⁶.

Así, dentro del conjunto de elementos que conforman la empresa y que por lo tanto han de ser transmitidos, además de los materiales e inmateriales, se encuentran las relaciones jurídicas contractuales y de hecho del transmitente generadas por la actividad empresarial desarrollada⁴⁷, siendo el tratamiento que han de merecer las mismas el que genere problemas de inadecuación al acudir a los principios generales en materia de cesión de contratos, debiendo atenderse tanto a los intereses de las partes como a la protección de terceros implicados.

B) Transmisión de contratos: contratos de trabajo y deudas laborales

Se hará referencia en primer lugar a las controversias suscitadas en relación a la cesión de los contratos concluidos por el empresario para el funcionamiento de la empresa, entre los que se encuentran los contratos de trabajo o laborales. La controversia entre Doña Teresa y Doña Soledad se centra en este punto en determinar si la primera ha de hacer frente o no a las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación reclamados, teniendo en cuenta lo pactado en el contrato.

Pues bien, al respecto ha de mencionarse en lo tocante a la generalidad de los contratos suscritos por el empresario transmitente que nacen de la actividad misma del

⁴⁶ El Anteproyecto de Código Mercantil se limita en este sentido a apuntar, en el art. 132-7, que “*por la compraventa de empresa, el vendedor se obliga a transmitirla a cambio de un precio*”, tras definir ésta como “*el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de un actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado*” (art. 131-1).

⁴⁷ Recoge el art. 131-2.1 PCM, siguiendo lo apuntado por la doctrina, que “*integran la empresa los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de la actividad y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores*”.

negocio, que ante la falta de regulación específica hasta el momento, los mismos han quedado sometidos a los principios generales en materia de cesión de contratos⁴⁸, requiriéndose por reiterada jurisprudencia del TS para la eficacia de la transmisión de la posición contractual “*además del consentimiento del cedente y el cesionario, la del contratante cedido*”, tal y como exige el art. 1205 CC⁴⁹.

Por lo tanto, puede afirmarse que con carácter general, la traslación de la originaria relación jurídica contractual vinculada a la transmisión de la empresa requiere de la voluntad expresa de vendedor y comprador, pero también del consentimiento de la persona con la que hubiera contratado el titular del establecimiento⁵⁰, pudiendo éste oponerse alegando una menor solvencia patrimonial del comprador o el carácter *intuitu personae* del contrato (TAPIA SÁNCHEZ, 2011)⁵¹.

Sin embargo, esta regla general conoce importantes excepciones derivadas del carácter esencial de determinados contratos para la continuación de la actividad empresarial bajo titularidad distinta, siendo ésta la finalidad esencial del contrato de compraventa de empresa⁵². Estas excepciones se encuentran en algunas normas especiales de nuestro ordenamiento reguladoras de supuestos concretos de cesión contractual automática vinculados a la transmisión de la empresa, entre los que se sitúa el caso de los contratos laborales o de trabajo⁵³.

Respecto a la cesión de este tipo de contratos, el art. 44.1 del ET contempla la subrogación legal del adquirente en la posición jurídica del transmitente para casos de sucesión de empresa, por lo que la transmisión no puede impedir por sí misma la continuidad de las relaciones laborales, quedando el nuevo titular subrogado *ex lege* en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. Por lo tanto, se exceptiona en este caso tanto la exigencia del consentimiento de vendedor y comprador como del contratante cedido, configurándose como una norma imperativa, en la medida en que las partes no pueden excluirla mediante pacto. Al respecto, la jurisprudencia del TS ha manifestado con ocasión de la aplicación de esta norma que “*el trabajador se vincula a la explotación en que presta servicios, cualquiera que sea su titular, y no al empresario que lo contrató*” (v.gr. STS [4ª] de 21 de marzo de 1992).

En relación a la compraventa efectuada entre Doña Soledad y Doña Teresa, según el relato fáctico, los ocho mil quinientos euros reclamados corresponden a deudas

⁴⁸ Tal y como señalan TAPIA SÁNCHEZ (2011) y HERNANDO CEBRIÁ (2002), la aplicación del régimen de cesión de contratos se circunscribe a aquellos supuestos en los que existe una relación obligatoria con prestaciones recíprocas, que se encuentran pendientes de ejecución total o parcialmente por ambas partes.

⁴⁹ Vid. entre otras muchas, STS [1ª] de 21 de diciembre de 2000.

⁵⁰ Este consentimiento puede manifestarse de forma anterior, posterior o ser coetáneo al manifestado por las otras dos partes, e incluso puede producirse de forma tácita.

⁵¹ HERNANDO CEBRIÁ (2002, p. 147 y ss.), propuso como alternativa para superar la rigidez del art. 1205 CC, la aplicación analógica de las disposiciones societarias de protección de acreedores en materia de modificaciones estructurales. Esta línea de pensamiento, divergente del criterio general tradicional, fue acogida por el PCM al prever una subrogación automática del adquirente en los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial (art. 132-4.1), complementada por la facultad de la otra parte contratante de desistir de la relación contractual en el plazo de un mes (art. 132-4.2).

⁵² Para mayor ahondamiento, vid. la reflexión realizada por HERNANDO CEBRIÁ (2002, p. 131 y ss.).

⁵³ Otras excepciones al régimen general pueden encontrarse respecto a los contratos de arrendamiento, de seguro o los contratos de transmisión de determinados bienes de la propiedad industrial e intelectual.

laborales generadas por el despido de dos trabajadoras en agosto de 2004, sin que se especifique si dicho despido se produce antes de la transmisión o es posterior a la misma.

En caso de el mismo fuese previo, ha de puntualizarse que la garantía prevista en el art. 44.1 ET respecto al mantenimiento del vínculo laboral por parte de Doña Teresa como adquirente, no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, se ha producido la extinción del contrato, pues para mantener el vínculo es preciso que éste se encuentre vigente (STS [4ª] de 20 de enero de 1997).

Ahora bien, lo anterior no obsta para que si las trabajadoras reclaman contra la ruptura del vínculo laboral por el cedente, por no estar justificada tal ruptura por la mera sucesión, la demanda de despido pueda dirigirse contra ambas empresarias a través del recurso a la acumulación subjetiva del art. 72 LEC, con el objetivo de prevenir que la desestimación de la pretensión frente a uno deje caducada la acción contra el otro (DESDENTADO BONETE, 2002).

No obstante, el art. 44.3 ET prevé una garantía adicional para los trabajadores, al establecer que en las transmisiones *inter vivos*, transmitente y adquirente responden solidariamente durante un periodo de tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hayan sido satisfechas. Como señala DESDENTADO BONETE (2002), respecto al alcance de esta garantía se ha pronunciado la jurisprudencia del TS al afirmar que el hecho de que los contratos de trabajo se hubiesen extinguido con anterioridad a la transmisión no impide la aplicación de la norma, pues *“la subrogación a que se refiere la norma es en los derechos y obligaciones derivados de tales contratos, obligaciones que no desaparecen con la extinción del vínculo laboral, cual sucede con las consecuencias económicas que pueden derivarse para la empresa del despido del trabajador”*, respondiendo solidariamente cedente y cesionario (STS [4ª] de 22 de noviembre de 1988).

Se trata en este caso de una responsabilidad automática y objetiva que no puede ser excluida por las partes en el contrato, de forma que la cláusula referida a este respecto no podrá ser oponible a las trabajadoras afectadas; no obstante, la jurisprudencia del TS no ha encontrado inconveniente en que este tipo de cláusulas puedan considerarse válidas en el plano interno, a los solos efectos de las relaciones entre las partes, por lo que en caso de que Doña Teresa abonase las indemnizaciones correspondientes podría repercutirlas contra Doña Soledad (STS [1ª] de 31 de diciembre de 2003).

En cambio, considerando que la deuda laboral se haya generado con posterioridad a la transmisión, debe acudir en primer lugar a lo dispuesto por el párrafo segundo del art. 44.3 ET, que limita la responsabilidad solidaria del cedente a los supuestos en que la sucesión haya sido declarada delito. Dado que no consta en el relato fáctico que se haya producido tal declaración, debe considerarse que no se produce tal responsabilidad solidaria *ope legis*, respondiendo únicamente de la deuda Doña Teresa como adquirente. Habría de tenerse en cuenta entonces la cláusula presente en el contrato de compraventa firmado por ambas, mediante la cual Doña Soledad como transmitente se compromete a correr con las consecuencias económicas correspondientes a indemnizaciones a los empleados, entre las que se encontrarían las indemnizaciones derivadas de la proyectada resolución de los contratos laborales de las dos trabajadoras por parte de Doña Teresa. A este respecto, teniendo en cuenta el mencionado carácter imperativo del precepto, si bien dicha cláusula no podrá ser oponible frente a las dos trabajadoras afectadas, ya se ha

hecho mención a que la jurisprudencia del TS ha venido aceptando este tipo de cláusulas como válidas en el plano interno, a los solos efectos de las relaciones entre las partes, sin que la misma afecte en modo alguno a la eficacia laboral del principio de continuidad de los trabajadores⁵⁴. Por ello, al igual que en el caso anterior, si Doña Teresa abonase las indemnizaciones correspondientes podría repercutirlas en Doña Soledad.

C) *Asunción de deudas*

En lo que respecta a la cantidad exigida mediante factura por la realización de unas obras en el local previas a la transmisión del establecimiento, la cual fue presentada al cobro en diciembre de 2004 (unos tres meses después de la compraventa), dicha cuantía puede considerarse como una *deuda* fruto de un contrato bilateral en el cual sólo la otra parte ha cumplido con la prestación debida, por lo que tal y como sostiene HERNANDO CEBRIÁ (2002), puede considerarse de aplicación el régimen de transmisión de deudas y no el régimen traslativo de cesión de contratos⁵⁵.

Con el término *deuda* se está haciendo referencia aquí a aquellas deudas contraídas por razón del establecimiento, esto es, aquellas obligaciones consecuencia de la titularidad de la empresa y que se contraen para su organización o funcionamiento en el ejercicio de la actividad empresarial o por razón de la empresa (*"intuitu instrumenti"*), y que por lo tanto no surgen de derechos u obligaciones personales del transmitente (*"intuitu personae"*).

En relación al régimen de transmisión, se considera aquí que en el momento actual no procedería aplicar de forma analógica la asunción automática de deudas (salvo pacto en contrario), pese a ser la solución acogida por la LME⁵⁶ tras su entrada en vigor en el año 2009, y la solución propuesta por un sector de la doctrina⁵⁷, en atención a los argumentos que se expresan a continuación.

En primer lugar, en los supuestos de compraventa *directa* de empresa por un empresario individual se produce una novación a efectos del artículo 1205 del CC, en la medida en que se sustituye la persona del deudor (art. 1203. 2º CC), lo cual no ocurre en el caso de las modificaciones estructurales, en las que la sociedad primitiva sigue existiendo en su totalidad o en parte, aún bajo una forma nueva; por lo tanto, no puede

⁵⁴ Esta doctrina ha sido mantenida por el TS en casos de arrendamientos de negocio, afirmando que *"las consecuencias patrimoniales que se deriven de que el nuevo arrendatario rescinda (por lo tanto, son contratos eficaces) las relaciones laborales que hubieron de serlo por el anterior no han de ser soportadas nada más que por este último, en base al principio de autonomía de la voluntad"* (STS [1ª] de 31 de diciembre de 2003); en el mismo sentido, STS [1ª] de 3 de diciembre de 1982, al indicar que el arrendatario al final del arriendo habría de *"indemnizar al arrendador como consecuencia de haber asumido éste una continuidad laboral que, civilmente, había quedado excluida de la intención de las partes"*.

⁵⁵ La aplicación de este último quedaría reservada para aquellos casos en los que existen contratos pendientes de ejecución en los que persisten obligaciones pendientes para ambas partes.

⁵⁶ Vid. la previsión de una cesión automática de créditos y deudas, salvo pacto expreso en contrario, para la fusión (art. 22), cesión global de activo y pasivo (art. 81), escisión (art. 69) o la segregación (art. 71).

⁵⁷ En este sentido, HERNANDO CEBRIÁ (2002), apoyándose en las reglas de interpretación de los contratos del CC (arts. 1281 y ss.), y en atención al Derecho comparado, apunta hacia una presunción favorable a la inclusión de los créditos y deudas en caso de silencio de las partes sobre el destino de los mismos, basada en la prueba de una serie de indicios, como la continuidad de la explotación manteniendo el mismo nombre comercial o la exhibición de la contabilidad por el empresario transmitente.

hablarse de una identidad de razón entre el supuesto de compraventa y aquellos previstos en la LME.

Otro de los mencionados obstáculos sería que tal solución plantearía el problema de que requeriría a su vez de la elección de un régimen de protección de los terceros (acreedores cedidos), que si bien se contempla en la LME desde diferentes ópticas⁵⁸, no resultaría fácilmente aplicable por vía analógica al supuesto de transmisión directa de empresa sin el respaldo expreso de ninguna norma⁵⁹ (TAPIA SÁNCHEZ, 2011).

La solución de asunción automática plantearía a su vez problemas respecto a la prueba del conocimiento de determinadas deudas, en la medida en que el adquirente habría de responder únicamente aquellas respecto a las que hubiera tenido conocimiento en el momento de la transmisión, según exige la determinación del objeto contractual (sobre esta cuestión, SSTS [1ª] de 15 de abril de 1988)⁶⁰.

Por otro lado, acudiendo a una interpretación de la intención o voluntad de las partes intervinientes en el negocio jurídico transmisivo no puede llegarse a una conclusión definitiva en un sentido u otro, dado que si bien puede considerarse inadmisibles la presunción de que el adquirente quiera obligarse sin existir un consentimiento por su parte, tal y como defiende TAPIA SÁNCHEZ (2011), también sería posible defender una postura en la cual se presume que la voluntad del vendedor es transmitir toda la empresa como un todo en el que se incluyen las deudas, o incluso que existe una voluntad conjunta de sucesión del adquirente en las posiciones jurídicas y de hecho del transmitente en cuanto titular del establecimiento, tal y como apunta HERNANDO CEBRIÁ (2002).

Por todo lo antedicho, y ante la falta de regulación específica, habrán de aplicarse al supuesto planteado las normas generales del Código Civil en materia de novación, y más concretamente el artículo 1205 CC, aplicable a las transmisiones pasivas de las obligaciones, que exige el consentimiento expreso o tácito del acreedor, el cual puede ser anterior, simultáneo o posterior a la transmisión de la empresa (ROJO A., 2014). El fundamento de esta exigencia se basa en que la sustitución de la persona del deudor no resulta indiferente para el acreedor, en la medida en que podría ver reducidas las condiciones de solvencia y responsabilidad respecto al deudor primitivo con el que contrató. En este sentido, la jurisprudencia del TS ha venido exigiendo el consentimiento del acreedor en los casos de transmisión global del patrimonio de la empresa, estimando que la compraventa de la empresa *“no implica ope legis la transmisión de deudas a título singular, toda vez que careciendo nuestro ordenamiento de una regulación de ese supuesto, tal transmisión necesitaría la aprobación de los acreedores al cambio de deudor”* (SSTS [1ª] de 12 de junio de 1990).

Así, en el caso de la compraventa efectuada entre Doña Soledad y Doña Teresa, para que existiese una asunción liberatoria de las deudas contraídas por la primera con anterioridad a la transmisión, habría de existir no sólo un pacto o acuerdo entre ambas

⁵⁸ Desde la responsabilidad solidaria entre las sociedades escindidas (art. 91 LME) hasta la responsabilidad personal de los socios en determinados casos tras la fusión (art. 48 LME).

⁵⁹ Evidentemente, dicho régimen especial de protección resultará aplicable en aquellos casos previstos expresamente por normas de *ius cogens*, como sucede en supuestos de responsabilidad solidaria de origen legal (deudas tributarias, art. 42.1.c) LGT; prestaciones de la Seguridad Social, art. 168.2. TRLGSS; obligaciones laborales, art. 44. 3 ET, y primas vencidas del seguro según el art. 34 III de la LCS).

⁶⁰ En este sentido, cabe incluso la posibilidad de que las partes incluyan cláusulas contractuales sobre la eventual aparición de pasivos ocultos, acordando la constitución de un depósito o la prestación de avales.

partes (por ejemplo, mediante un inventario de los bienes de la empresa en el que se haga mención de las deudas asumidas por el adquirente) sino también el consentimiento de la persona o entidad emisora de la referida factura, en su calidad de acreedor. De esta forma, en caso de existir acuerdo entre las partes respecto a la transmisión de las deudas (el cual no consta en este supuesto), si el acreedor no prestase el consentimiento exigido, se produciría la ineficacia de la asunción de deuda, pudiendo el acreedor dirigirse exclusivamente contra Doña Soledad para reclamarle el pago de la deuda.

Esto último muestra la ineficiencia del régimen derivado de la aplicación del art. 1205 CC en los casos de transmisión de la empresa en su conjunto, principalmente por el carácter *intuitu instrumenti* que debe regir las obligaciones surgidas de la titularidad empresarial. Siguiendo a HERNANDO CEBRIÁ (2002), se considera que el interés superior de la empresa justifica que en este caso deba compatibilizarse el interés de las partes intervinientes en la transmisión con el interés de los acreedores por mantener las garantías objetivas, con independencia de quién sea el sujeto obligado, que les permitan obtener la satisfacción de sus créditos⁶¹. En este sentido, parte de la doctrina ha propuesto distintas medidas alternativas de protección de los acreedores que sustituyan el necesario consentimiento de los mismos a la transmisión, derivado de la aplicación estricta del art. 1205 CC. Así, algunas de las fórmulas apuntadas, según recoge HERNANDO CEBRIÁ (2002), son: la regulación de sistemas de notificación a los acreedores (quedándoles reservado el derecho al vencimiento anticipado de sus créditos, que podría ser ejecutado contra los activos de la empresa o bien determinar la resolución del contrato); la reputación como abusiva de la negativa a dar el consentimiento exigido por el 1205 CC en los casos en los que el adquirente garantiza el pago mediante persona o entidad de indiscutible solvencia, o por último, la asunción cumulativa de las deudas.

D) Obligaciones de las partes: obligación de no competencia

Pasando a otra de las controversias planteadas, en relación a la cuestión suscitada por el descenso considerable de clientela en el negocio tras efectuarse la transmisión del mismo, procede analizar en este punto las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa con el fin de evidenciar si podría prosperar una reclamación en este sentido por parte de la adquirente, Doña Teresa.

Pues bien, a este respecto, ha de destacarse que la señalada atipicidad del contrato de compraventa de empresa se manifiesta también en el tipo de obligaciones que nacen para las partes, especialmente en el caso del vendedor. Y ello debido a que el mismo debe hacer frente no sólo a las obligaciones fundamentales de cualquier vendedor, como son la entrega y el saneamiento, sino también a otras cuyo contenido no está determinado en el Derecho positivo, y que suponen una conducta activa (como las obligaciones de comunicación y asistencia técnica) o pasiva por su parte (obligaciones de no hacer).

Dentro de este último grupo es donde puede encuadrarse la denominada “obligación de no competencia”. El fundamento de la misma parte del hecho de que las obligaciones del vendedor respecto a la transmisión no se agotan con la entrega de los elementos materiales que forman parte de la empresa, sino que dado que el valor de ésta

⁶¹ El mismo autor, citando a PÉREZ DE LA CRUZ, señala que “en el tráfico mercantil se produce una discrepancia entre el interés protegido, derivado de las normas civiles, como es el mantenimiento de la identidad del sujeto obligado, y el interés digno de protección, el de los acreedores a mantener las garantías necesarias para la satisfacción de sus créditos”.

integra la organización como una cualidad de la misma, los elementos en que se plasma esa organización (como la clientela, el prestigio o las expectativas de negocio) son esenciales a toda transmisión de empresa⁶². Por todo ello, el vendedor ha de transmitir todos los elementos materiales e inmateriales de la organización de forma que el adquirente pueda continuar la actividad sin menoscabo de la clientela existente, y ello implica también un deber de abstenerse de realizar actos que puedan ser susceptibles de ocasionar una captación de clientela por su parte. De esta forma, la transmisión de la clientela se consigue de manera indirecta imponiendo al empresario transmitente una obligación de no competencia, que tiene el carácter de una obligación de “no hacer” (art. 1088 CC). Esta obligación negativa se concreta en la prohibición de participar en el mercado en términos que pueda entrar en competencia (formar parte de la competencia) con el nuevo titular de la empresa, esto es, se traduce en el deber de abstenerse de realizar una actividad competitiva en relación con la actividad empresarial transmitida.

Ante el silencio legal, y en ausencia de pactos, la doctrina y la jurisprudencia han alegado como fundamento de esta obligación el principio de buena fe contractual⁶³ recogido en los arts. 1258 CC y 57 CCo, entendiendo que la misma resulta exigible al amparo de estas reglas generales, sin considerarse necesario un pacto expreso de las partes en el contrato⁶⁴. De esta manera, el TS ha afirmado que las cláusulas de prohibición de competencia son “*cláusulas accesorias, en el sentido de que son inmanentes al contrato, y como tales, pueden considerarse incluidas en el mismo, conforme al art. 1258 CC, aunque no se pacten expresamente*”, y también que “*pueden llegar a entenderse exigibles al amparo de lo que disponen los arts. 1258 CC y 57 CCo*” puesto que “*la competencia ilícita constituye un ataque a la buena fe exigible en todo contrato y más en el ámbito mercantil, en el que la clientela pertenece a las relaciones de hecho*” (STS [1ª] 9 de mayo de 2016 y 18 de mayo de 2012).

Apunta MERCADAL VIDAL (2015), que esta cuestión ha sido objeto de controversia durante la elaboración del Anteproyecto de Código Mercantil. Así, si bien en un primer momento, en la PCM elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, se optó por establecer una exigencia general de no competencia, salvo pacto expreso de las partes en contrario (tal y como vienen manteniendo doctrina y jurisprudencia), finalmente en el texto del Anteproyecto se opta por entender que la misma ha de pactarse expresamente para resultar exigible⁶⁵.

En relación a esta prohibición, ha de puntualizarse que la obligación de no competencia no resulta en modo alguno incompatible con la normativa que tutela la libre

⁶² Vid. en este sentido, SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE (2015).

⁶³ La misma se ha configurado como una buena fe en sentido objetivo, esto es, “*el comportamiento justo y adecuado dirigido a dar al contrato cumplida efectividad*” (STS [1ª] de 30 de junio de 2000). Un sector de la doctrina mercantilista ha empleado también como base la buena fe extracontractual o “concurrential” (ex art. 4 LCD), al entender que la conducta del *tradens* de hacer competencia al adquirente puede ser categorizada como un acto de competencia objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (MIRANDA SERRANO, 2013).

⁶⁴ A favor de que, en ausencia de pactos, las reglas generales del Derecho de contratos establecen la obligación de no competencia, MIRANDA SERRANO (2013), ROJO, A. (2014), y MERCADAL VIDAL (2015).

⁶⁵ Ello se deduce de la dicción actual del precepto proyectado, que reza: “*las partes podrán pactar que el vendedor de una empresa quede obligado a no desarrollar por sí o por persona interpuesta una actividad que, por su objeto, localización u otras circunstancias, dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida*” (art. 132-11.1 PCM), mientras que la Propuesta inicial de la Comisión establecía que “*en defecto de pacto la obligación de no competencia tendrá una duración de dos años*”.

conurrencia en el mercado, puesto que tal y como sostiene ALONSO SOTO (2014), dicha obligación además de permitir el asentamiento del adquirente en el mercado y acrecentar la eficiencia de los negocios jurídicos traslativos sobre la empresa, no impide de modo absoluto al transmitente el desarrollo de una actividad empresarial igual o similar a la que venía desarrollando, pudiendo considerarse incluso “*pro competitivas a medio y largo plazo*” (SSTS [1ª] de 9 de mayo de 2016 y 12 de mayo de 2012). Así pues, la prohibición de no competencia no es en modo alguno absoluta, ni temporal ni espacialmente, sino que cuenta con una serie de límites, que la doctrina ha venido clasificando en tres: límite objetivo, geográfico y temporal.

Evidentemente, la prohibición en su vertiente objetiva, hace referencia a que el *tradens* no tiene que abstenerse de realizar cualquier tipo de actividad empresarial, sino de competir con el nuevo empresario ejerciendo una actividad empresarial del mismo o análogo género que la que corresponde al establecimiento transmitido.

La vertiente geográfica se centra en que la prohibición de competencia resulta exigible sólo respecto de la zona o municipio en la que se pueda perturbar al adquirente en la continuación de la explotación, impidiéndole consolidar para sí la clientela; por lo tanto, el vendedor podría, sin transgredir la obligación impuesta, abrir un establecimiento o continuar la explotación de la actividad empresarial que ya venía ejerciendo en municipio distinto a aquel en que radica la empresa enajenada (ROJO, A., 2014).

Por último, el límite temporal ha de valorarse en cada supuesto, en el sentido de que la prohibición ha de mantenerse sólo el tiempo pactado en el contrato, o en su defecto, el periodo de tiempo que pueda considerarse necesario en función de las circunstancias para que el *accipiens* consolide la clientela (haya obtenido o no ese resultado). Respecto a esta cuestión, el Anteproyecto de Código Mercantil hacía referencia en su art. 132-11.2, acogiendo los términos empleados por el art. 2557 del Código Civil italiano, a “*una actividad que, por su objeto, localización u otras circunstancias, dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida*”, estableciendo una duración de la prohibición de dos años y permitiendo pactar un periodo mayor (art. 132-11.2 PCM)

Siguiendo las consideraciones antes expuestas, se entiende respecto al supuesto analizado que no es necesario que las partes, Doña Teresa y Doña Soledad, hubiesen pactado expresamente en el contrato de compraventa la exigencia de una prohibición de competencia u obligación de no competencia, para que la misma sea exigible por Doña Teresa como adquirente. La conducta de Doña Soledad constituiría por lo tanto un ilícito contractual, dado que la misma no sólo ejercita una actividad del mismo género que la que venía desarrollando en el establecimiento vendido, sino que la lleva a cabo en el mismo municipio y tan sólo dos meses después de haberse producido la compraventa. Este incumplimiento podría, por lo tanto, facultar a Doña Teresa para ejercitar una acción resolutoria (lo que habría de ponderarse en sede judicial dado el riesgo de causar un grave perjuicio para la continuidad en la explotación de la propia empresa) o para pedir una indemnización por los daños y perjuicios causados por el descenso de clientela⁶⁶.

⁶⁶ Algunos autores, como MIRANDA SERRANO (2013) han considerado tal conducta constitutiva a su vez de un ilícito de deslealtad, por suponer un abuso del derecho a la libertad de empresa que, en cuanto objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, permitiría poner en práctica las acciones procesales contra la competencia desleal (principalmente la de cesación, aunque también otras como la indemnizatoria). Sin embargo, la jurisprudencia menor, en las ocasiones que ha tenido para pronunciarse al

En lo que respecta en este punto al Anteproyecto de Código Mercantil, se ha previsto en su art. 132-11.3 que el incumplimiento “*dará al comprador derecho a exigir la cesación inmediata de la actividad lesiva, el abono por el infractor de la ganancia obtenida y el pago de una indemnización de daños y perjuicios*”⁶⁷.

4. CUESTION IV: Impugnación de acuerdos y responsabilidad de los administradores sociales

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.

A) Delimitación de la cuestión

La posibilidad ofrecida por la LSC para la impugnación de los acuerdos sociales⁶⁸ garantiza un control judicial de los mismos desde la perspectiva de su adecuación al régimen legal y estatutario y de su conformidad con el interés social, de forma que puede ser empleado por los socios, especialmente los minoritarios, como un instrumento eficaz de defensa.

El régimen existente de impugnación de acuerdos en la LSC ha sido objeto de una transformación radical operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. Esta reforma entró en vigor el 24 de diciembre de 2014 con carácter general y, específicamente, para las cuestiones relativas a la junta general⁶⁹. Según la Exposición de Motivos de la norma, esta reforma trata de conseguir un equilibrio entre la tutela del interés social y la protección de los accionistas minoritarios por un lado, y la seguridad del tráfico y eficiencia empresarial mediante la minimización del abuso del derecho de impugnación, por otro. A través de la misma se elimina la tradicional distinción del art. 204.1 LSC entre acuerdos nulos (los contrarios a la Ley) y acuerdos anulables (aquellos contrarios a los estatutos y al interés social), generándose un único régimen general de anulación según el cual el plazo de caducidad de la acción de impugnación es de un año (art. 205.1 LSC). No obstante, este precepto mantiene la excepción existente respecto a los acuerdos contrarios al orden público “*por sus circunstancias, causa o contenido*”, dado que la acción para su impugnación no caduca ni prescribe.

B) Impugnación de acuerdos por defectos en la convocatoria

En relación a las posibles causas de impugnación de la junta celebrada el 15 de junio por la sociedad “*Tu Piel, S.L.*”, se hará referencia en primer lugar a la posible existencia de defectos en la convocatoria, en la medida en que la convocatoria regular

respecto no ha compartido este criterio (*ad exemplum*, SAP Madrid 18 de septiembre de 2015 y 8 de marzo de 2013)

⁶⁷ Esta previsión no deja de ser, en definitiva, una consecuencia “mixta” de naturaleza en parte concurrencial y en parte contractual.

⁶⁸ Regulada en el capítulo IX “La impugnación de acuerdos” del Título V, dedicado a la Junta General.

⁶⁹ Vid. Disposición Transitoria y Disposición Final 4ª.

constituye un presupuesto necesario para la válida constitución de la junta⁷⁰, y por lo tanto, para la validez de los acuerdos adoptados en la misma (entre otras, STS [1ª] de 9 de diciembre de 2010).

El art. 164.1 LSC impone en relación a esta clase de junta que “*previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado*”, sin perjuicio de la previsión contenida en el párrafo segundo del mismo artículo, el cual establece que la junta será válida aun cuando haya sido convocada o se celebre fuera de plazo.

A este respecto, y según el relato fáctico, en el supuesto se han respetado los requisitos correspondientes al plazo de convocatoria (“*dentro del plazo legalmente previsto*”, en referencia al art. 176 LSC que exige una antelación de al menos quince días para la celebración de la junta en las sociedades de responsabilidad limitada), y nada se apunta en contra del respeto al contenido mínimo que ha de presentar el orden del día contenido en el anuncio de la convocatoria en esta clase de juntas (art. 164 LSC)⁷¹.

Procede examinar aquí, no obstante, el posible incumplimiento del requisito relativo a la competencia para convocar la junta. En relación a este punto, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto con carácter imperativo por el art. 166 LSC, el cual establece que la competencia para la convocatoria de la junta general corresponde exclusivamente al órgano de administración de la sociedad (o en su caso, a los liquidadores)⁷².

En el caso concreto de la sociedad “*Tu Piel, S.L.*”, y según los estatutos de la misma, el órgano de administración presenta la estructura de un Consejo de Administración, que se define por ser un órgano colegiado que adopta sus decisiones por mayoría de sus miembros. Por lo tanto, al existir un órgano de administración sometido a un régimen de actuación colegiada se requiere en principio un acuerdo del Consejo de Administración, habiendo de ser atribuida la competencia para la convocatoria a sus miembros en idéntica forma a la correspondiente a su actuación (RDGRN de 11 de marzo de 1999 y de 22 de septiembre de 2002). Esta misma consecuencia se deduce además de una interpretación *a sensu contrario* del art. 171, *in fine*, de la LSC, pues no cualquier administrador está legitimado para convocar, sino que el ejercicio de esa competencia dependerá de la concreta forma de organización del órgano de administración.

Sobre la importancia de la decisión colegiada se pronuncia la STS [1ª] de 8 de octubre de 2001, que declara la nulidad de la convocatoria realizada por el presidente sin previa reunión del consejo:

“aun cuando [...] la convocatoria resulte ineludible y necesariamente hayan de incluirse en su orden del día los asuntos que hubieren sido objeto de solicitud, es de observar que resta todavía un importante margen de decisión comprensivo [...] de la configuración del orden día, con posible inclusión de otros asuntos, extremos todos ellos sobre los que habrá de deliberar el Consejo y que requerirán la decisión no de uno solo de sus miembros – aunque éste sea el

⁷⁰ Según doctrina consolidada del TS las normas reguladoras de la convocatoria de las juntas generales son normas de *ius cogens* (entre otras muchas, STS [1ª] de 9 de diciembre de 2010).

⁷¹ Vid. en este sentido, la argumentación de la SAP Madrid de 16 de diciembre de 2011.

⁷² Sin perjuicio de que proceda, en los casos excepcionales y *numerus clausus* que prevé la LSC, la convocatoria por el Secretario judicial o el Registrador mercantil (antes de la modificación efectuada por la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, la norma hacía referencia al Juez de lo mercantil).

Presidente del órgano – sino de la mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión” [F.J. 2]

Así, partiendo del hecho de que la LSC no encomienda la función de convocatoria al presidente del Consejo⁷³, la única vía para que éste contase con tal facultad sería recurrir al expediente de la delegación (HERNÁNDEZ MARTÍN, 2009). A este respecto, aunque en ocasiones se ha admitido tanto por la jurisprudencia del TS como por la Dirección General de Registros y del Notariado la posibilidad de delegar esta competencia en algún miembro del Consejo de Administración, ello no podría aducirse por los motivos que se detallan a continuación.

En primer lugar, ha de hacerse referencia a que el criterio tradicional mayoritario en la jurisprudencia del TS, ha sido el de considerar la facultad de convocar la Junta General como indelegable, casando resoluciones de los órganos de instancia que no encontraban obstáculo a tal delegación (pueden citarse, *v.gr.*, las SSTS [1ª] de 14 de marzo de 2005 y de 24 de febrero de 1995)⁷⁴. Sin embargo, como se apuntaba, en algunas ocasiones el TS ha admitido la delegación de la facultad de convocatoria de la junta, exigiendo para ello como requisito *sine qua non* una previsión estatutaria o una delegación permanente y general en concepto de consejero delegado⁷⁵ (STS [1ª] de 3 de diciembre de 2002). Algunos autores, como HERNÁNDEZ MARTÍN (2009) han defendido también el carácter delegable de la facultad de convocatoria de la junta, aludiendo principalmente a la falta de argumentos de peso en los pronunciamientos del TS para obviar la literalidad del art. 249.2 LSC, puesto que la de convocatoria no se encontraba entre las facultades expresamente contempladas por el catálogo de prohibiciones comprendidas en dicho artículo.

La reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014, ha venido a zanjar esta cuestión, al contemplar expresamente en el nuevo art. 249 bis la convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día como facultades indelegables.

En cualquier caso, en el supuesto planteado no consta que en los estatutos de la sociedad se haya hecho asignación especial alguna de las facultades al presidente, sino que más bien parece que las atribuciones en cuanto a gestión, representación social y facultad de convocatoria se realizan genéricamente a los miembros del Consejo, que según mandato legal, deben actuar colegiadamente adoptando sus acuerdos tras la oportuna deliberación en la forma prevista estatutariamente (art. 245.1 LSC)⁷⁶.

Tampoco constaba en el caso expuesto la existencia de delegación, ya sea temporal o permanente, de facultad alguna a este respecto por parte del Consejo al presidente del mismo, por lo que la inexistencia de la misma (ahora irrealizable)

⁷³ Sus funciones quedan circunscritas al ámbito interno y funcional del Consejo, pudiendo decidir sobre la convocatoria de éste órgano según el art. 246, pero no, al menos con base en algún precepto legal, sobre la de la Junta General.

⁷⁴ En estas resoluciones el TS ha denegado la posibilidad de delegar la facultad de decidir o efectuar la convocatoria como tal de manera unilateral, reconduciendo tal delegación a una delegación de la firma del anuncio de la convocatoria.

⁷⁵ Se aparta únicamente de esta exigencia la STS [1ª] de 5 de julio de 2007, en atención fundamentalmente a las circunstancias particulares del caso, haciendo alusión a “*la buena fe de los convocantes*” y a “*que la nulidad pretendida introduciría una perturbación en la situación jurídica de la sociedad sin que pueda tener interés o reportar utilidad a nadie*”.

⁷⁶ A este aspecto se refiere la RDGRN de 17 de abril de 2007, al afirmar que “*examinados los estatutos no aparece delegación en el presidente del Consejo de facultad suficiente para convocar por sí sólo la junta, correspondiendo tal competencia al Consejo de Administración*”.

implicaba ya que el presidente no tuviese competencia para convocar. Por todo lo expuesto, resulta claro que no existiendo autorización de los estatutos ni delegación por parte del Consejo, la convocatoria efectuada por el presidente del mismo no puede reputarse válida. Tal como evidencia la RDGRN de 24 de enero de 2001, “*la falta de competencia para convocar la junta general es manifiesta cuando el órgano estatutario de administración es un consejo de administración, y la decisión de convocar la junta no es a su vez colegiada, careciendo de facultades para ello un administrador, aun siendo el presidente, que no las tenía delegadas*”.

Así, dado que la regularidad de la convocatoria de la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada, en la que ha de incluirse la competencia de quien la realiza, es presupuesto de validez de la reunión⁷⁷, podrá esgrimirse que una vez declarada la nulidad de la convocatoria, la misma acarrea la de todos los acuerdos adoptados por la junta defectuosamente convocada (STS [1ª] de 1 de diciembre de 2006). Serían por lo tanto, acuerdos todos ellos contrarios a la ley por vulnerar las normas imperativas relativas al cumplimiento de los requisitos formales que se exigen respecto a la regularidad de la convocatoria (*ex art. 166 LSC*).

En definitiva, dado que el órgano de administración adopta la forma de Consejo de Administración y la convocatoria ha sido efectuada, según el relato fáctico, por su presidente, la misma adolecería de un defecto de nulidad por no preceder al anuncio de celebración de la junta un acuerdo del consejo de administración, determinando con ello la impugnabilidad de la totalidad de los acuerdos adoptados, al infringirse los preceptos relativos al órgano legitimado para convocar la junta, esto es, por no haber sido convocada la junta por el órgano competente (art. 166 en relación al 210.1 LSC). Por tanto, podrán impugnarse los acuerdos adoptados en la junta general ordinaria a la que se hace referencia en este supuesto (*ex art. 204.1 LSC*).

Sin embargo, debe hacerse mención a que la comentada reforma de esta norma llevada a cabo por la Ley 31/2014, ha introducido un nuevo apartado al art. 204, según el cual ni la infracción de ley ni la de los estatutos son siempre causa de impugnación. Así, el apartado tercero de este precepto, establece que no procederá la impugnación de acuerdos en aquellos casos en los que la infracción afecta a “*requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo*”, salvo que aquella tenga carácter relevante⁷⁸.

La redacción anterior provoca la forzosa distinción entre la infracción de aquellas reglas de la convocatoria que pueden ser consideradas esenciales, y aquellos que puedan considerarse vicios formales poco relevantes o vicios menores; con ello, la reforma introduce elementos valorativos y abiertos, abriendo la puerta a que en la práctica jurisprudencial pueda en ocasiones atribuírsele en un caso concreto carácter relevante a un requisito, que en otro supuesto pueda ser considerado como meramente procedimental (QUIJANO GONZÁLEZ, 2015).

⁷⁷ En este sentido se expresa la RDGRN de 11 de marzo de 1999 al referirse afirmativamente a la posibilidad del registrador mercantil de exigir la acreditación del acuerdo del consejo de administración para la convocatoria de la junta para calificar los acuerdos tomados en la misma.

⁷⁸ El precepto considera que, en todo caso, tienen carácter relevante las infracciones relativas a la forma y plazo previo de la convocatoria, así como a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos.

Al respecto, si bien se considera, sometiendo esta opinión a otra mejor fundada en derecho, que dentro de las normas relativas a la regularidad de la convocatoria, las formalidades prescritas respecto a la legitimación para efectuarla no pueden considerarse meramente accidentales, sino que su incumplimiento constituye un vicio que afecta a la esencia del proceso de formación de la voluntad, no puede dejar de señalarse que el TS en ocasiones puntuales ha relativizado esta infracción en atención a especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto⁷⁹. En este sentido, el actual precepto es aún más susceptible de ser empleado en la futura práctica jurisprudencial con el fin de alcanzar una decisión más ajustada a derecho en el supuesto concreto, adaptada al contexto en que la convocatoria haya tenido lugar, con el correlativo riesgo de la posible inexistencia de un criterio jurisprudencial uniforme.

Por último, queda señalar que la junta general del 15 de junio podría entenderse válidamente constituida, a pesar de no haber sido debidamente convocada tal y como se argumenta, si además de la presencia de todos los socios (como ocurre según el relato de los hechos), todos por unanimidad hubiesen aceptado tanto la celebración de la reunión (art. 178 LSC) como el orden del día de la misma (art. 97.1.3 RRM).

C) Vulneración del derecho de información del socio

Como otra de las posibles causas de impugnación de los acuerdos adoptados en la referida junta, se hará referencia a continuación a la conculcación del derecho de información de los socios Don Alejandro y Doña Inmaculada.

En primer lugar, para delimitar la cuestión, ha de hacerse referencia a que el hecho controvertido según el relato fáctico, sería la denegación por parte de la sociedad de la información solicitada por ambos socios, aduciendo el perjuicio para el interés social de la divulgación de la misma. Dicha información había sido solicitada por escrito previamente a la celebración de la junta general ordinaria de la sociedad, convocada para la aprobación de las cuentas anuales y la censura de la gestión social, respecto de las cuales se solicita información.

En relación a esta cuestión, ha de partirse de la configuración que la LSC realiza del derecho de información como un derecho trascendental del socio, recogido en el art. 93.d) LSC, cuya vulneración se ha venido a delimitar en la reforma operada por la mencionada Ley 31/2014, dada su trascendencia para la subsistencia de la validez de la Junta, aunque ha de destacarse que el régimen del derecho de información en las sociedades de responsabilidad limitada no se ha visto modificado.

La regulación del derecho de información atribuido al socio en las sociedades de responsabilidad limitada se recoge, principalmente, en el art. 196 LSC, el cual contempla el derecho de los socios de solicitar información en relación con los asuntos sometidos a

⁷⁹ La STS (1ª) de 5 de julio de 2007, en atención a una previa situación social y económica caótica y crítica por la que atravesó la sociedad, y apoyándose en la buena fe de los convocantes, y en la perturbación jurídica que la nulidad produciría en la misma sin reportar utilidad alguna, rechaza la nulidad de la convocatoria no realizada por el órgano de administración. En similares términos, la SAP de Madrid de 21 de junio de 2012, relativiza la infracción, hasta el punto de no comportar la nulidad, al considerar que los socios no veían perjudicados ni su posición ni sus derechos.

la decisión de la junta, bien por escrito con anterioridad a la reunión de la misma⁸⁰, bien verbalmente durante su celebración.

Por lo que se refiere al derecho de información previo a la celebración de la junta, el mismo se ha venido vinculando por la jurisprudencia al legítimo interés del socio de tener una opinión formada que le permita el ejercicio diligente del derecho de voto, esto es, que le permita recabar los elementos de juicio necesarios para poder ejercitar su derecho de voto de forma reflexiva y tener un conocimiento preciso de la marcha de la sociedad⁸¹. Por lo tanto, la vulneración de este derecho previsto legalmente puede ser causa de impugnación de los acuerdos de la Junta, tanto en las sociedades de responsabilidad limitada como en las sociedades anónimas (art. 204.1. LSC)⁸².

Pero además, en los casos en los que el derecho de información se relaciona con la junta en la cual se someten a aprobación las cuentas anuales de la sociedad, la LSC atribuye a los socios un derecho de información *reforzado*, además del general u ordinario previsto en el art. 196, y que se concreta en la previsión del art. 272.2 LSC. Según este precepto, cualquier socio tiene derecho a obtener de la sociedad una copia de *“los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas”*, lo cual no obsta para que, de acuerdo al art. 196 LSC, pueda solicitar a su vez informaciones adicionales respecto de los referidos documentos. Y ello, debido a que, según reiterada jurisprudencia, el art. 272.2 LSC impone el contenido *mínimo* de la información documental que ha de ponerse a disposición del accionista, pero no excluye ni limita el alcance del derecho de información reconocido con carácter general en el art. 196 LSC, de tal forma que el socio no queda constreñido al simple examen de los documentos sometidos a la aprobación de la junta (por todas, STS [1ª] de 19 de septiembre de 2013 y SAP Guipúzcoa de 30 de octubre de 2014).

Además, en casos como el que nos ocupa, en los cuales uno o varios de los socios solicitan documentos que sirven de soporte y antecedente de las cuentas anuales que se pretenden aprobar, dicha solicitud puede encuadrarse asimismo en el ámbito del derecho reconocido en el art. 272.3 LSC, dado que los dos socios que solicitan tal información ostentan más del 5% del capital. En relación a este precepto, nuestros tribunales han venido entendiendo que este derecho de examen *“no se encuentra circunscrito a los libros de contabilidad de carácter obligatorio, sino que el mismo otorga la facultad de examinar cuantos documentos constituyan antecedentes de las cuentas que se someten a aprobación”* (SAP Madrid de 31 de mayo de 2013). El TS ha afirmado, en este sentido, que este derecho de examen de las cuentas anuales contempla también aquellos datos conexos, razonablemente precisos para poder desplegar cierto control de la forma de gestión de la sociedad y del cumplimiento por los administradores de los deberes de

⁸⁰ En el caso de las SL, el art. 196 no establece un plazo determinado para el ejercicio de este derecho por el socio antes de la celebración de la junta, al contrario de lo que ocurre respecto de las sociedades anónimas, en las que se restringe dicho ejercicio a partir del séptimo día anterior al previsto para la celebración.

⁸¹ Por todas, STS [1ª] de 16 de enero de 2012.

⁸² La vulneración del derecho de información ejercitado durante la junta no podrá ser, sin embargo, causa de impugnación de los acuerdos en las sociedades anónimas (art. 197.5 LSC)

diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a aprobación⁸³. Así, el conocimiento de determinados documentos puede ser necesario para decidir sobre la aprobación de las cuentas anuales, la censura de la gestión social y para la posibilidad de que se adopten por el socio determinadas decisiones (entre ellas, la exigencia de responsabilidad a los administradores o su separación de la sociedad).

No obstante, también la jurisprudencia en reiteradas ocasiones⁸⁴ se ha referido a que este derecho no es general sobre toda la vida de la sociedad, y no carece de límites, los cuales pueden concretarse en el caso de las SL, de forma sintética, como sigue:

- La información solicitada ha de referirse a extremos que tengan conexión con el orden del día de la junta convocada.
- Ha de ejercitarse el mismo de forma no abusiva, ni objetiva ni subjetivamente.
- La información demandada no debe perjudicar los intereses sociales (art. 196.2 LSC), pues la sociedad puede tener interés en no difundir ciertos datos, ni siquiera en el limitado ámbito interno de los socios, cuando la misma pueda perjudicar los intereses sociales.

En el caso planteado, la cuestión parece centrarse en este último límite, en la medida en que el órgano de administración respalda su decisión en una posible vulneración del interés social en caso de facilitarse a los socios la documentación solicitada, alegando que la misma tiene carácter confidencial. Al respecto debe mencionarse, en primer lugar, que la limitación societaria al derecho de información tiene carácter excepcional y debe basarse por lo tanto en motivos fundados, siendo que en el supuesto planteado se refleja una falta de justificación adecuada a la negativa dada por el órgano de administración, sin que exista una imposibilidad material o que la entrega de la documentación solicitada pueda suponer un obstáculo para el funcionamiento de la sociedad.

En relación a los límites en el ejercicio del derecho de información, aclara el TS que el mismo comprende, además del mero examen de las cuentas anuales, los datos que impone el deber de transparencia en la gestión social y que permiten al socio el control razonable del cumplimiento por los administradores de los deberes que le son propios, por lo que ni la denegación del mismo puede ser en modo alguno arbitraria, ni el interés de la sociedad en no difundir ciertos datos puede identificarse con el eventual de los administradores en esconder ciertos detalles sobre su gestión⁸⁵.

Además, a la hora de ponderar si el ejercicio del derecho se produce de forma abusiva, es un dato relevante la existencia de indicios razonables de actuaciones irregulares o de mala gestión por parte del órgano de administración (STS [1ª] de 19 de septiembre de 2013).

En segundo lugar, se alega por el mismo la existencia de un hipotético perjuicio para el interés social, el cual no puede servir de justificación en este caso concreto pues

⁸³ STS [1ª] de 19 de septiembre de 2013.

⁸⁴ Vid. entre otras muchas, SSTS [1ª] de 19 de septiembre de 2013 y de 21 de marzo de 2011.

⁸⁵ Vid. en este sentido, la STS [1ª] de 21 de marzo de 2011.

ambos socios, Don Alejandro y Doña Inmaculada ostentan un 40% del capital social (20% cada uno), superando el respaldo exigido por el art. 196.3 LSC, al establecer que “no procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el 25% del capital social”.

Tras todo lo expuesto, dado que se considera que en este caso no se respeta el derecho de información que se ha solicitado con anterioridad a la celebración de la junta, ello constituye causa de impugnación de los acuerdos adoptados en la misma por ser contrarios a la ley. Y ello porque aunque la actual redacción del art. 204.3 LSC contempla como uno de los supuestos en los que no cabe la impugnación de los acuerdos “*la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad*”, tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ (2015), para que se produzca esa incorrección o insuficiencia tiene que haber alguna información, por lo que una falta total de la misma no debería incluirse en este motivo. De todas maneras, el precepto incorpora a su vez una excepción, permitiendo la impugnación en aquellos casos en los la información fuese *esencial* para el ejercicio *razonable* del derecho de voto o de los demás derechos de participación por parte del *socio medio*⁸⁶.

Resulta también relevante puntualizar que la vulneración del derecho de información no comporta la nulidad de todos los acuerdos adoptados, sino que sólo serán impugnables los acuerdos afectados por la contravención del derecho, *i.e.*, afecta tan sólo a aquellos relacionados con la documentación exigida, según doctrina jurisprudencial consolidada (STS [1ª] de 27 de marzo de 2009).

Por último, en relación a la impugnación de los acuerdos sociales, debe hacerse referencia a la legitimación activa. En este aspecto se han introducido también novedades significativas tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, derivadas de la desaparición de la distinción entre acuerdos nulos y anulables. En este sentido, ya no tiene incidencia la posición del socio respecto al acuerdo, ni siquiera en el caso de los antes considerados como acuerdos anulables, por lo que no se requiere la oposición expresa del socio hecha constar en el acta a efectos de legitimar para la impugnación de los acuerdos⁸⁷. En cambio, el art. 206.1 LSC exige actualmente como requisitos para la impugnación que los socios hayan adquirido esa condición antes de la adopción del acuerdo (en el caso del supuesto planteado, antes del 15 de junio de 2015, lo cual se cumple) y que los mismos representen (individual o conjuntamente) al menos el 1% del capital social (como ya se ha explicitado, en el caso concreto el porcentaje de participación de Don Alejandro y Doña Inmaculada alcanza el 40% de forma conjunta)⁸⁸. Sin embargo, la jurisprudencia, acudiendo al principio de buena fe⁸⁹ ha ido estableciendo hasta el momento pautas adicionales al respecto, por ejemplo exigiendo que los vicios de la convocatoria que sean conocidos por

⁸⁶ La salvedad incorporada contempla, como puede observarse, más de un concepto abierto e indeterminado que habrán de irse concretando por la interpretación doctrinal y la práctica jurisprudencial.

⁸⁷ En el caso de la vulneración del derecho de información, la jurisprudencia ya había dejado sentado, en el contexto de la redacción anterior a la Ley 31/2014, que no era preciso para tener legitimación para impugnar que el socio haga constar en el acta su oposición expresa (por todas, STS [1ª] de 23 de julio de 2010).

⁸⁸ Estos requisitos no operan en el caso de acuerdos contrarios al orden público, por lo que los mismos pueden ser impugnados por cualquier socio.

⁸⁹ En este contexto, la buena fe que se toma en consideración es el estándar de comportamiento que cabe legítimamente esperar en una vida societaria caracterizada por la lealtad y la corrección (STS [1ª] de 19 de septiembre de 2013).

el socio sean denunciados al abrirse la sesión de la junta⁹⁰, aunque ello, como resulta evidente, es analizado de forma casuística teniendo en cuenta todas las circunstancias de cada caso.

D) Responsabilidad de los administradores

Queda referirse, en última instancia, a los medios de que dispondrían los socios Don Alejandro y Doña Inmaculada para actuar contra los administradores, además de la posibilidad ya planteada de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la junta de junio de 2015. Estos socios, de confirmarse sus sospechas respecto al alquiler del almacén propiedad de la sociedad a un primo del presidente del consejo de administración por una cantidad ostensiblemente inferior al precio normal del mercado, contarían con diversas vías de actuación.

En primer lugar, ha de hacerse mención a la posibilidad de acudir al cese del o los administradores responsables, pues los mismos pueden ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general (aun cuando la separación no conste en el orden día), según lo previsto por el art. 223 LSC. Para acudir a esta posibilidad, será necesario, por lo tanto, la convocatoria y celebración de una junta, pudiendo recurrir para ello a la solicitud de convocatoria admitida por el art. 168 LSC (al representar ambos socios más del 5% del capital social)⁹¹.

Pero es que además, con la conducta descrita, se estaría incumpliendo uno de los deberes exigidos por la ley a los administradores, el deber de lealtad, contemplado en el art. 227 LSC, según el cual éstos tienen la obligación de “*desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”. Ello implica que los administradores, tal como resulta exigible a cualquier encargado de negocios ajenos, como recuerda URÍA MÉNEZDEZ (2015), deben anteponer los intereses de la sociedad a los suyos o a los de terceros.

El incumplimiento de este deber, actuando los administradores en atención a intereses de terceros⁹², al contratar con un familiar estableciendo un precio de alquiler muy inferior al existente en el mercado, comporta la posibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad de naturaleza civil previsto en la LSC. Según este régimen, los administradores deberán responder frente a la sociedad y frente a los socios por el 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, cuando haya intervenido dolo o culpa (art. 236 LSC)⁹³. En el mismo sentido se pronuncia al respecto el nuevo párrafo segundo del art. 227 LSC al establecer que “*la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social,*

⁹⁰ En este sentido se pronuncia la STS [1ª] de 19 de septiembre de 2013 al afirmar que “*el socio que es consciente de la existencia de alguna infracción legal en la convocatoria [...] y no lo pone de manifiesto para que pueda ser subsanada actúa de un modo contrario a la buena fe*”.

⁹¹ En caso de que los administradores no atendiesen dicha solicitud, podría recurrirse en todo caso a la antes denominada convocatoria judicial, efectuándose la convocatoria por el Secretario judicial o el Registrador Mercantil (art. 169.2 LSC)

⁹² No se hace referencia aquí a los intereses de personas vinculadas, puesto que el primo de uno de los miembros del consejo de administración no tiene la consideración de persona vinculada (art. 231 LSC).

⁹³ La necesidad de concurrencia de dolo o culpa en la actuación ha sido introducida por la reforma operada por la Ley 31/2014, recogiendo la interpretación acogida por la jurisprudencia en la materia.

sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador". Así, el daño causado en este supuesto puede cuantificarse en la diferencia entre el precio de mercado y la cantidad efectivamente acordada.

Para la obtención de este resarcimiento, se podrá ejercitar la acción social de responsabilidad, regulada en el art. 238 LSC. La Ley 31/2014 ha flexibilizado las reglas de legitimación activa de los socios para interponer la acción en defensa del interés social, posibilitando que los mismos (siempre que cuenten, individual o conjuntamente, con un porcentaje superior al 5% del capital social, como ocurre en el caso que nos ocupa), puedan ejercitar directamente esta acción cuando la misma se fundamente en la infracción del deber de lealtad (art. 239.1 *in fine* LSC). Esta medida, permite que los socios no tengan la necesidad de someter la decisión a la junta general, aunque nada impide que sea la sociedad la que entable la acción, previo acuerdo de la junta, a petición de cualquiera de los socios. Dicha acción prescribe a los 4 años desde que hubiera podido ejercitarse, según el art. 241 bis LSC.

Por último, ha de destacarse que el art. 232 LSC posibilita el ejercicio simultáneo de esta acción y de las acciones de impugnación, cesación y anulación de los contratos celebrados por los administradores vulnerando su deber de lealtad.

5. CUESTIÓN V: Actuación de los acreedores de sociedad extinguida *de facto*

5.- *Determine qué posibilidades tendría un acreedor de "Tu Piel, S.L." para cobrar su crédito y contra quién podría dirigirse**

A) Delimitación de la cuestión

Según se desprende del relato fáctico, la sociedad "Tu Piel, S.L.", tras experimentar fuertes problemas económicos, se encuentra en un estado de inoperatividad social, en el que se ha producido un cese de hecho, que no de derecho, de la actividad de la empresa. La misma puede ser considerada como una sociedad extinguida *de facto*, y ello debido al hecho de que la misma sigue existiendo en el plano jurídico, ya que no consta en el Registro Mercantil su disolución y baja, mientras que en el plano fáctico la compañía no se encuentra desarrollando actividad alguna propia de su objeto social, carece de domicilio social y se ha producido la paralización de los órganos sociales, lo que supone la imposibilidad de realizar el fin social en cuanto desaparición de hecho de la empresa.

Esta situación provoca un estado de inseguridad en el tráfico jurídico que resulta perjudicial especialmente para sus acreedores, que se encuentran con un estado de inoperancia de la sociedad a fin de poder reclamar y cobrar sus créditos, y con la

(*) Se asume en la respuesta a esta cuestión que la misma se refiere a los acreedores de la sociedad primitiva, "Tu Piel, S.L.", dada la paralización de la actividad de la misma sin que se satisfagan las deudas pendientes. Resulta evidente, por otro lado, que de existir acreedores en la nueva sociedad constituida ("A tu medida, S.L."), lo cual no se deduce del supuesto, la satisfacción de los mismos pasaría por que se dirigieran contra esta sociedad acudiendo a las normas generales de tutela de los acreedores (la garantía que proporciona el art. 1911 CC, la acción revocatoria del art. 1111 CC., la ejecución de los créditos y embargo de bienes en caso de disponer de un título ejecutivo, etc.)

imposibilidad de localizar a la sociedad en un domicilio real⁹⁴. Ante ello, cabe plantearse las opciones o posibilidades con las que contaría uno de estos acreedores para satisfacer sus créditos frente a la sociedad y contra qué sujetos podría dirigir tal reclamación, en la medida en que se ha producido la extinción de *facto* de la sociedad.

Estos acreedores pueden tratar de reclamar su deuda a la sociedad por vía extrajudicial o directamente a través de la vía judicial, aunque en la inmensa mayoría de los casos en los se produce la situación descrita en la práctica, aquellos ven frustradas sus pretensiones por la imposibilidad de emplazar a la misma, declarándose ésta en situación procesal de rebeldía, y encontrándose en todo caso frente a una sociedad despatrimonializada. No obstante, no cuentan solamente con la posibilidad de reclamar su deuda frente a la sociedad, sino que podrán también, en su caso, exigir la responsabilidad correspondiente al órgano de administración de la misma.

B) Responsabilidad solidaria de los administradores

En el supuesto que se analiza, el órgano de administración se estructura en torno a la figura de un administrador único, Don Daniel, el cual ha mantenido una posición absolutamente pasiva respecto a la situación de la sociedad, sin emprender ningún tipo de actuación al respecto.

Pues bien, los acreedores cuentan con dos posibles vías o acciones para exigir la responsabilidad de los administradores sociales, las cuales podrían ejercitarse acumuladamente⁹⁵: la acción de responsabilidad (arts. 236 y ss. LSC), de carácter resarcitorio o indemnizatorio, y la de responsabilidad solidaria prevista por el art. 367 en relación con el art. 363 de la LSC. Es criterio jurisprudencial consolidado, habiendo sido declarado en múltiples resoluciones, que se trata de acciones distintas, con presupuestos, requisitos y efectos diversos (SAP Barcelona de 18 de diciembre de 2013).

Respecto a la primera de ellas, para su concepción debe partirse de los presupuestos de la responsabilidad que establece el art. 236 LSC cuando establece que los administradores habrán de responder 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. En los supuestos de sociedades extinguidas *de facto*, como el que se presenta, pueden señalarse la existencia de flagrantes desatenciones de la gestión por parte de los administradores, que infringen de forma clara los deberes legalmente impuestos; debe destacarse además, que la actual LSC contempla la presunción *iuris tantum* de culpabilidad por parte del órgano de administración cuando el acto u omisión sea contrario a la ley a los estatutos (lo que ocurre, como a continuación se examina, al no convocar la junta general, como impone el art. 365), por lo que probado un acto contrario a la ley y la existencia de un daño o perjuicio, la carga de probar que la actuación de los administradores no ha sido la causa pesa sobre éstos y no sobre el perjudicado (SAP Barcelona de 18 de diciembre de 2013).

En atención al daño causado a los terceros acreedores, estos últimos podrán ejercitar la acción individual de responsabilidad⁹⁶, *ex* art. 241 LSC, que cuenta con un plazo de

⁹⁴ Sobre esta problemática se pronuncia la SAP Madrid de 3 de febrero de 2001.

⁹⁵ V. STS (1ª) de 21 de septiembre de 1999.

⁹⁶ Aunque la LSC prevé también la posibilidad de que los acreedores puedan ejercitar la acción social de responsabilidad, cuando la misma no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas y el patrimonio social resulte insuficiente (art. 240), la misma no puede considerarse adecuada en la medida en que en el

prescripción de cuatro años⁹⁷. Se trata esta de una acción por la que se exige una responsabilidad por daños, para cuyo éxito se exige la conjunción de tres requisitos: culpa –al que ya se ha hecho alusión-, daño acreditado y nexo o relación causal entre la conducta –inactividad en este caso- del administrador y la lesión sufrida (entre otras muchas, STS [1ª] de 21 de septiembre de 1999).

La segunda de las acciones señaladas tiene, en cambio, una naturaleza distinta. Así, el presupuesto de la misma se basa en el incumplimiento por parte de los administradores de los deberes legales que se les imponen en materia de disolución de sociedades.

Sobre esta cuestión, ha de señalarse que en el caso de las sociedades que cesan de hecho en su actividad social, incluso con graves pérdidas económicas, y sin adoptar las medidas precisas para lograr la remoción de la situación de desbalance o solicitar la declaración de concurso, concurren en la práctica una o varios de las causas legales de disolución recogidas en el art. 363 LSC⁹⁸. Pues bien, atendiendo al relato fáctico, puede presumirse que concurría en la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” al menos una de estas causas de disolución previstas, ante la situación de la empresa descrita *supra*.

Ante esta situación, el art. 365 LSC, prevé que una vez que los administradores constaten la existencia de una de estas causas, están obligados, en un plazo máximo de dos meses, o bien a convocar la junta general o bien a instar el concurso de acreedores en caso de que la sociedad fuese insolvente⁹⁹. Ante la pasividad de Don Daniel como administrador único de la sociedad, del cual consta que ni ha promovido la disolución de la sociedad ni solicitado el concurso, la norma prevé que el mismo ha de responder personal, ilimitada y solidariamente con la empresa *por las deudas contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución* (art. 367 LSC). Se trata en este caso, al contrario de lo que sucede con la acción de responsabilidad, de una responsabilidad *ex lege* o *quasi objetiva*, que tal y como ha reiterado la jurisprudencia, no precisa la producción de un daño ni requiere la demostración de culpa del administrador, bastando con que la sociedad incurra en un caso de disolución imperativa y que el administrador incumpla el deber legal de convocar la junta o solicitar el concurso¹⁰⁰. Por lo tanto, no se exigirá otra actividad probatoria por parte del acreedor que la prueba de la deuda u obligación de la sociedad y del hecho de la no convocatoria de la junta general.

De esta forma, se fundamenta la responsabilidad solidaria en la protección y tutela de los acreedores sociales, añadiéndose al patrimonio social el propio de los administradores que incumplen la obligación legal establecida de instar la disolución, pudiendo los

supuesto planteado se reputa una lesión de los intereses de aquellos y la reintegración al patrimonio societario podría no redundar en beneficio de los mismos.

⁹⁷ Art. 241 bis de la LSC, que tras la modificación operada por la Ley 31/2014, incorpora el plazo de prescripción que había venido siendo aplicado según el criterio jurisprudencial mayoritario.

⁹⁸ *V.gr.* el cese en el ejercicio de la actividad que constituya el objeto social, al dejar la sociedad de operar en el tráfico (art. 363.1.a); la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social (art. 363.1.c); la paralización de los órganos sociales (art. 363.1.d) o las pérdidas graves que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad de la cifra del capital social (art. 363.1.e).

⁹⁹ El estado de insolvencia se encuentra definido en el art. 2.2 LC como la situación en la que “*el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”. Para solicitar la declaración de concurso, la sociedad deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, el cual puede ser actual o inminente.

¹⁰⁰ Entre otras muchas, STS [1ª] de 29 de diciembre de 2011.

acreedores dirigir su acción conjuntamente contra “*Tu Piel, S.L.*” y contra Don Daniel, en su condición de administrador, hasta obtener la total satisfacción de su crédito¹⁰¹.

C) Doctrina del levantamiento del velo

Se deduce de los hechos que existió un acuerdo tácito para la desaparición de hecho de la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” y su sustitución por la sociedad “*A Tu medida*”, hasta tal punto que esta última entidad cuenta con el mismo objeto social que la anterior, contrata a los mismos trabajadores que habían pertenecido a la primera y continúa con la actividad empresarial que venían desarrollando en el tráfico, lo cual no puede sino ser considerada como una sucesión empresarial encubierta¹⁰².

Como ya se ha comentado, ante la inoperatividad de la primera sociedad, los acreedores se ven perjudicados por esta conducta, que ha sido considerada por la jurisprudencia como fraudulenta y contraria a la buena fe y al ejercicio social del derecho (arts. 6.4 y 7 CC), en la medida en que por la ficción de un cambio meramente formal se produce *de facto* la elusión de obligaciones contraídas por la primera sociedad, efecto no querido por la Ley. Por este motivo, se ha recurrido en este tipo de supuestos a la doctrina jurisprudencial del TS en materia de levantamiento del velo, doctrina que permite a los tribunales penetrar en el *substratum* personal de las sociedades (“levantar el velo”), a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al amparo de esa ficción o forma legal, se abuse de la misma para perjudicar intereses de terceros (entre otras muchas, STS [1ª] de 6 de abril de 2005). En este sentido, se ha considerado que se utiliza la personalidad jurídica societaria con un fin fraudulento cuando se trata de eludir el pago de deudas (STS [1ª] de 27 de octubre de 2004). En aplicación de esta doctrina, los acreedores de la sociedad “*Tu Piel*”, podrán dirigirse, además de contra el administrador único de ésta, como ya se ha afirmado, contra la sociedad “*A tu medida, S.L.*” como continuadora de hecho de la actividad de aquella, y que por lo tanto deberá responder de sus deudas.

Debe apuntarse que no cabría, en cambio, dirigirse contra Doña Teresa en su condición de administradora única de la nueva sociedad, pues según ha reiterado la jurisprudencia, resulta irrelevante la relación que exista entre su patrimonio y el de la empresa, no siendo necesario penetrar en el *substratum* de “*A tu medida, S.L.*”, si la misma se desenvuelve con normalidad en el ámbito económico y jurídico, dado que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo exige una situación de fraude que en este caso no consta.

¹⁰¹ En el ámbito de las obligaciones tributarias, la LGT contiene una regla específica que declara la responsabilidad subsidiaria de los administradores de sociedades que hayan cesado en su actividad, cuando los mismos no hubiesen hecho lo necesario para su cumplimiento (art. 43.1.b)

¹⁰² En este mismo sentido, se pronuncia la STS [1ª] de 29 de junio de 2006.

6. CUESTION VI: Remuneración de los administradores

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

La cuestión planteada guarda relación directa con la regulación relativa a la remuneración de los administradores de las sociedades de capital. Al respecto, debe tenerse en cuenta en primer lugar, que según se deduce del art. 217.1 LSC, para que el cargo de administrador tenga carácter remunerado, los estatutos sociales deben contemplar tal carácter y determinar el sistema de retribución¹⁰³, sin que sea necesario fijar una cantidad o cifra concreta, siendo la junta general el órgano encargado de decidir, mediante acuerdo, el importe máximo de la remuneración anual (art. 217.3 LSC). El TS ha afirmado en numerosas ocasiones que la finalidad de la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución es “*proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien por propia decisión*” (STS [1^a] de 29 de mayo de 2008).

En consecuencia, si los estatutos no establecen ninguna disposición al respecto, como sucede en el caso de la sociedad “*A tu medida, S.L.*”, debe considerarse que el cargo tiene carácter gratuito. De ello se deduce que la retribución correspondiente a 2.000 euros mensuales percibidos por Doña Teresa, no puede corresponder a una remuneración derivada de su condición de administradora única.

No obstante, según el relato fáctico, tal cantidad se percibe en concepto de la *llevarza de la gestión de la política general de la empresa*, de lo que se deduce que tal retribución correspondería a una hipotética relación de prestación de servicios entre Doña Teresa y la mercantil. Sobre este punto, establece el art. 220 LSC que en las sociedades de responsabilidad limitada, se requerirá el acuerdo de la junta general para establecer o modificar cualquier tipo de relaciones de prestación de servicios entre la sociedad y sus administradores, por lo que se deduce existiría en la mencionada sociedad un acuerdo en tal sentido por parte de los socios.

La percepción de la referida retribución, pese a la gratuidad del cargo como administradora, se justificaría entonces, por la existencia de un contrato de prestación de servicios de alta dirección, esto es, por la existencia de un vínculo con la sociedad distinto del que supone su cargo como administradora. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial reciente ha venido declarando que tal retribución sólo podrá percibirse cuando el contenido de la relación laboral sea efectivamente distinto y diferenciado de las funciones que se vienen desarrollando en calidad de administrador¹⁰⁴. Así, en los últimos años se ha

¹⁰³ El mismo puede consistir, entre otros, en una asignación fija, participación en los beneficios sociales, *stock-options* o sistemas de ahorro o previsión (art. 217.2 LSC)

¹⁰⁴ Tradicionalmente la jurisprudencia mayoritaria había venido manteniendo la denominada “doctrina del vínculo”, entendiéndose que no era posible la concurrencia en una misma persona de un doble vínculo con la sociedad: uno externo como alto directivo y otro interno como administrador, desplazando la relación mercantil como administrador a la laboral especial como director general (por todas, STS [1^a] 30 de diciembre de 1992). Esta visión ha sido definitivamente superada tras la reforma operada por la Ley 31/2014, pues la novedosa regulación prevé expresamente (arts. 217 y 249 LSC) la posibilidad de una doble retribución: la de los miembros del consejo de administración en su condición de tales (recogida necesariamente en los estatutos) y la correspondiente al desempeño de funciones adicionales de los consejeros ejecutivos (que podrá ser fijada, exclusivamente, en un contrato entre el consejero y la sociedad).

ido reforzando en la jurisprudencia un criterio favorable al “tratamiento unitario” de las retribuciones percibidas por los administradores, admitiéndose la compatibilidad de la relación mercantil-societaria del cargo de administrador con una relación laboral de carácter especial de alta dirección cuando las funciones que se realizan por razón de la primera son fundamentalmente distintas de las que se llevan a cabo por razón de la segunda.

Sintetiza la doctrina jurisprudencial en materia de remuneración del administrador social la Sentencia de la Sala Primera del TS de 18 de junio de 2013, que teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1.3.c) ET¹⁰⁵, exige la concurrencia de un “*elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas*”, y que “*las facultades y funciones atribuidas al administrador (en el contrato) rebasen las propias de los administradores*”, para entender justificada y legítima la percepción de una retribución por el administrador abonada por la sociedad pese al carácter gratuito del cargo. Así, dicha sentencia considera insuficiente para apreciar la concurrencia del referido elemento objetivo la llevanza de “*la política general de la empresa, pues esta es una de las funciones típicas de la administración social*”, en la medida en que tal cargo comporta el desempeño de funciones de gestión, dirección y representación social.

Por todo lo anterior, se considera la retribución percibida por Doña Teresa como una forma de encubrir una remuneración por su condición de administradora, la cual no procedería ante la inexistencia de previsión estatutaria al respecto, según el ya señalado art. 217 LSC. Ante ello, ni siquiera un acuerdo de la junta general, en los términos del art. 220 LSC podría justificar la percepción de la remuneración, en la medida en que la misma se percibe por desarrollar funciones propias del cargo de administrador, el cual en el caso concreto tiene carácter gratuito, tal y como se argumentado. Se da por tanto, la posibilidad de que Don Daniel impugne el hipotético acuerdo por ser el mismo contrario a la ley y a los estatutos (art. 204 LSC).

Por último, cabría apuntar la posibilidad de que no existiese un acuerdo de los socios constituidos en junta general, sino un pacto parasocial¹⁰⁶, basado en la confianza existente entre ambos. En este caso, si Don Daniel dejase de estar de acuerdo con la retribución que había venido percibiendo Doña Teresa, tendría la posibilidad de ejercitar una acción social de responsabilidad, basándose en el carácter gratuito del cargo de administrador y en la ausencia de un acuerdo de la junta general que autorizase el establecimiento de una relación de prestación de servicios. No obstante, cabe señalar que en este de tipo supuestos, la doctrina jurisprudencial ha reiterado que el conocimiento y consentimiento continuado del socio sobre la situación retributiva, generador de la confianza fundada por parte del administrador de la posibilidad de percibir la cantidad acordada, da lugar a entender que la reclamación de devolución de las cantidades percibidas sería contraria a las exigencias de la buena fe e infringiría la doctrina de los actos propios¹⁰⁷ por parte del socio (STS [1ª] de 29 de mayo de 2008 y 18 de junio de 2013).

¹⁰⁵ Este precepto excluye del ámbito de aplicación del ET a las actividades que se limiten al mero desempeño del cargo de miembro de un órgano de administración.

¹⁰⁶ En cuanto negocio jurídico destinado a regular aspectos de la relación societaria y adoptado sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos (STS [1ª] de 18 de junio de 2013).

¹⁰⁷ La misma impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho, y en particular, la exigencia de coherencia en la conducta que despierta expectativas en los demás (PÉREZ MORIONES, 2016).

CONCLUSIONES

El supuesto de hecho planteado, examinado en atención a las cuestiones que han sido formuladas, requiere abordar el análisis de cuestiones jurídicas de muy diversa índole, derivadas de la constitución y funcionamiento de la sociedad “*Tu Piel, S.L.*”

Se ha podido observar como las aportaciones sociales *in natura*, pueden suscitar diferentes problemáticas que afectan no sólo al ámbito mercantil, sino también al penal y al civil. Así, la aportación de un pagaré falso por parte de uno de los socios, no sólo general responsabilidad en el ámbito de la LSC, sino también la aplicabilidad en vía penal de un concurso medial de delitos entre la estafa y la falsificación de documento mercantil, para cuya concreción deberá tenerse en cuenta, en su caso, la retroactividad de la norma penal favorable. Además, la propiedad discutida sobre el bien inmueble aportado por otro de los socios, debido a un supuesto de construcción extralimitada, hace necesario recurrir para su análisis, además de al régimen de responsabilidad de la LSC, a la regulación en el ámbito civil del instituto de la usucapión y la doctrina jurisprudencial sobre accesión invertida.

Por otro lado, se ha realizado un examen de las diferentes controversias suscitadas por la compraventa previa del establecimiento mercantil aportado a la sociedad, las cuales pueden reconducirse a: la transmisión de los contratos de trabajo, la asunción de deudas y la obligación de no competencia del vendedor. Dada la falta de una regulación específica de esta materia en el Derecho positivo (a salvo de la proyectada en el Anteproyecto del Código Mercantil), ello obliga a acudir a la autonomía de la voluntad y a las normas y principios generales del Derecho Privado para su resolución, con los problemas de coordinación y adaptación que ello conlleva.

En cuanto a la impugnación de acuerdos sociales y la responsabilidad de los administradores, ambos regímenes jurídicos han sufrido grandes transformaciones en la LSC, operadas por la Ley 31/2014, como la eliminación de la tradicional distinción entre acuerdos nulos y anulables, las cuales influyen de manera determinante, por razones temporales, en la resolución de ciertas controversias planteadas en el supuesto analizado.

Respecto al examen de las posibles vías de actuación de los acreedores de la sociedad “*Tu Piel, S.L.*”, extinguida *de facto*, se deduce la posibilidad de dirigirse contra el administrador único de la misma (*ex arts.* 241 y 367 LSC), y contra “*A tu medida, S.L.*”, sociedad continuadora de hecho de la actividad empresarial de la anterior (acudiendo a la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo).

Por último, se analiza la retribución percibida por el administrador de “*A tu medida, S.L.*”, no existiendo previsión al respecto en los estatutos, desde la óptica de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales y la superación definitiva de la *teoría del vínculo* tras las modificaciones introducidas en la LSC por la Ley 31/2014, concluyendo que la misma no resulta procedente dada la confusión del concepto retributivo con las funciones propias del cargo de administrador.

ALONSO SOTO, R. (2014). “La empresa y los negocios jurídicos sobre la empresa”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (coord.), *Hacia un Nuevo Código Mercantil*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi

ÁLVAREZ OLALLA, M. (1996). “La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol.III

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (1999). *Tradición instrumental y posesión*. Navarra: Aranzadi.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009). “Comentario al artículo 361 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil. Grandes Tratados*. Navarra: Aranzadi.

BROSETA PONT, M. (1968). “La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107, pp. 59 y ss.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009a). *La accesión horizontal en las construcciones extralimitadas (Una revisión crítica de la accesión invertida)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, pp. 125 y ss.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009b). La accesión invertida: su génesis y su evolución en la jurisprudencia, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. XXIII, pp. 25 – 66.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009c). Las construcciones extralimitadas en el derecho español: luces y sombras de la Jurisprudencia en materia de accesión invertida, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. VIII

DESDENTADO BONETE, A. (2002). “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, nº 38, pp. 241-266

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

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (2006). *Derecho de Títulos-Valores (Parte General)*. Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones. Pp. 267-268

GARRIDO ESPÁ, L (1997). Las aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. XXI, pp. 495 y ss.

HERNÁNDEZ MARÍN, T. (2009). “La convocatoria de la junta general de accionistas por un consejero delegado”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 32/2009

HERNANDO CEBRIÁ, L. (2002). *La empresa como objeto de negocios jurídicos (Un estudio a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo)*. Valencia: Tirant lo Blanch

MERCADAL VIDAL, F. (2015). “El contrato de compraventa de empresa”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 471-482

MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J. (2013). [En línea]. “¿La prohibición de competencia ha de pactarse expresamente en la compraventa de empresa para que sea exigible por el comprador?” [Última consulta: Junio 2016]. Disponible en: <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=81>

PÉREZ MORIONES, A. (2016). “Una vez más sobre la eficacia de los pactos parasociales tras la STS de 25 de febrero de 2016”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016

QUERALT JIMÉNEZ, J. (2015). *Derecho penal español. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch

QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2015). [En línea]. “La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. [Última consulta: Junio 2016]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20961>

RIVES SEVA, A (2013). [En línea] “El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. [Última consulta: Mayo 2016]. Disponible en: http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=407

ROJO, A. (2014). “El establecimiento mercantil (II)”, en Menéndez, A. y Rojo, A. (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson

SUÁREZ MONTES, R. (1995). “Estafa mediante cheque en el Código Penal de 1995”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 48, Fasc/mes 3, pp. 689-708.

TAPIA SÁNCHEZ, M.R. (2011). [En línea]. “Transmisión de créditos y deudas en la compraventa de empresa en el marco de la crisis”, en *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, nº 34. [Última consulta: Junio 2016]. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/>

VARONA GÓMEZ, D. (2002). *Estafa y Falsedad en Títulos-Valores (cheque, pagaré y letra de cambio)*. Navarra: Aranzadi

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2002). *Lecciones sobre posesión y usucapión con anexos jurisprudenciales: adaptadas a la nueva LEC*. Madrid: Dykinson.

Sentencias de la Sala 1ª (de lo Civil) del Tribunal Supremo

- STS de 31 de mayo de 1949 (RJ 1949\721)
- STS de 26 de febrero de 1971 (RJ 1971, 1044)
- STS de 11 de diciembre de 1978 (RJ 1978, 4357)
- STS de 10 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4742)
- STS de 3 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7458)
- STS de 13 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7476)
- STS de 22 de septiembre de 1984 (RJ 1984\4302)
- STS de 15 de abril de 1988 (RJ 1988\3172)
- STS de 12 de junio de 1990 (RJ 1990\4755)
- STS de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9223)
- STS de 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10570)
- STS de 29 de julio de 1994 (RJ 1994\6305)
- STS de 24 de febrero de 1995 (RJ 1995\1113)
- STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7230)
- STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000\126)
- STS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000\97358)
- STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6747)
- STS de 21 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10132)
- STS de 8 de octubre de 2001 (RJ 2001\7550)
- STS de 17 de mayo de 2002 (RJ 2002\5343)
- STS de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10412)
- STS de 24 de enero de 2003 (RJ 2003\611)
- STS de 31 de diciembre de 2003 (RJ 2004\218)
- STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004\7042)
- STS de 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004\6883)
- STS de 14 de marzo de 2005 (RJ 2005\2235)
- STS de 6 de abril de 2005 (RJ 2005\2704)
- STS de 29 de junio de 2006 (RJ 2006\3976)
- STS de 1 de diciembre de 2006 (RJ 2006\8159)
- STS de 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006\8227)
- STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007\1708)
- STS de 5 de julio de 2007 (RJ 2007\3875)
- STS de 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5074)
- STS de 29 de octubre de 2007 (RJ 2007\8260)
- STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008\1842)
- STS de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008\3184)
- STS de 27 de marzo de 2009 (RJ 2009\3288)
- STS de 23 de julio de 2010 (RJ 2010\6570)
- STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011\291)
- STS de 21 de marzo de 2011 (RJ 2011\2890)
- STS de 29 de diciembre de 2011 (RJ 2012\171)
- STS de 16 de enero de 2012 (RJ 2012\177)
- STS de 18 de mayo de 2012 (RJ 2012\6360)

- STS de 26 de abril de 2013 RJ (2013\3500)
- STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013\4632)
- STS de 19 de septiembre de 2013 (RJ 2013\6401)
- STS de 9 de mayo de 2016 (JUR 2016\114470)

Sentencias de la Sala 2ª (de lo Penal) del Tribunal Supremo

- STS de 28 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7466)
- STS de 11 de febrero de 2000 (RJ 2000\742)
- STS de 27 de marzo de 2000 (RJ 2000\1804)
- STS de 11 de julio de 2000 (RJ 2000\6909)
- STS de 15 de marzo de 2001
- STS de 25 de septiembre de 2002
- STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002\9623)
- STS de 19 de febrero de 2003 (RJ 2003\2445)
- STS de 16 de octubre de 2003 (RJ 2003\7619)
- STS de 16 de febrero de 2006 (JUR 2006\94143)
- STS de 3 de julio de 2006 (RJ 2007\17)
- STS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007\2646)
- STS de 4 de mayo de 2007 (RJ 2007\5597)
- STS de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009\2015)
- STS de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011\4409)
- STS de 12 de junio de 2012 (RJ 2012\8200)
- STS de 5 de diciembre de 2012 (RJ 2012\10878)
- STS de 19 de julio de 2013 (RJ 2013\7089)

Sentencias de la Sala 4ª (de lo Social) del Tribunal Supremo

- STS de 22 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8858)
- STS de 21 de marzo de 1992 (RJ 1992\1860)
- STS de 20 de enero de 1997 (RJ 1997\618)

Sentencias de las Audiencias Provinciales

-Barcelona

- SAP Barcelona de 18 de diciembre de 2013 (JUR 2014\19519)

-Guipúzcoa

- SAP Guipúzcoa de 30 de octubre de 2014 (AC 2014\2110)

-Madrid

- SAP Madrid de 3 de febrero de 2001 (AC 2001\612)
- SAP Madrid de 22 de marzo de 2010 (JUR 2010\195557)
- SAP Madrid de 16 de diciembre de 2011 (JUR 2012\29036)
- SAP Madrid de 17 de septiembre de 2012 (AC 2012\1893)
- SAP Madrid de 8 de marzo de 2013 (AC 2013\1414)
- SAP Madrid de 31 de mayo de 2013 (AC 2013\1348)
- SAP Madrid de 18 de septiembre de 2015 (JUR 2015\248363)

-Sevilla

- SAP Sevilla de 24 de octubre de 2000 (JUR 2001\26138)

-Zaragoza

- SAP Zaragoza de 30 de diciembre de 2013 (JUR 2014\16623)

Acuerdos no jurisdiccionales

- Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002\132119)