



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**TRABAJO FIN DE GRADO
FACULTAD DE DERECHO
CURSO 2015-2016**

**LA CONSTITUCIÓN DE UNA
SOCIEDAD MERCANTIL DEDICADA
A LA PELETERÍA**

**TUTOR: D. ANTONIO LEGERÉN MOLINA
AUTORA: ANDREA MATO MARTÍNEZ**

ABREVIATURAS

ART	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
C. de C.	Código de Comercio
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
LCCh	Ley Cambiaria y del Cheque
LCD	Ley Competencia Desleal
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSA	Ley Sociedades Anónimas
LSRL	Ley Sociedades de Responsabilidad Limitada
TS	Tribunal Supremo
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SL/SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STS/SSTS	Sentencia/Sentencias del Tribunal Supremo

I. ÍNDICE

II. SUPUESTO DE HECHO	5
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	7
1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APORTACIÓN AL CAPITAL SOCIAL, POR PARTE DE UN SOCIO FUNDADOR, DE UN PAGARÉ CON FIRMA Y SELLO QUE POSTERIORMENTE SE DEMUESTRAN FALSOS.....	7
1.1. <i>El pagaré como título-valor</i>	7
A. Endoso de un pagaré.....	7
B. Juicio cambiario.....	8
1.2. <i>Consecuencias penales de la conducta de Adrián Gómez</i>	9
A. El pagaré como documento mercantil.....	9
B. Falsedad en documentos mercantiles	9
C. Estafa mediante uso de título-valor	10
1.3. <i>Responsabilidad por aportaciones no dinerarias en una sociedad limitada</i>	13
A. Examen de la concurrencia de los motivos que desatan la responsabilidad contenida en el artículo 21 LSRL 14	
B. Acción de reclamación de daños y perjuicios contra Adrián Gómez.....	15
2. POSIBILIDAD DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD DE UNA FRANJA DE TERRENO INVADIDO POR LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NAVE. ACCIONES QUE EL PROPIETARIO DE LA PARCELA INVADIDA PUEDE EJERCITAR. CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA EL INVASOR EN CASO DE NO ADQUIRIR LA PROPIEDAD TRAS LA APORTACIÓN DE FINCA Y NAVE A UNA SOCIEDAD.....	16
2.1. <i>Modos de adquirir la propiedad</i>	16
A. Prescripción adquisitiva	16
B. Accesión	17
C. Accesión Invertida	18
2.2. <i>Adquisición de la propiedad por la sociedad “Tu Piel” de la franja de terreno invadida</i>	20
A. Obligación de Alejandro de saneamiento por gravámenes ocultos.....	20
2.3. <i>Las acciones protectoras del dominio</i>	20
A. Acción reivindicatoria	21
B. Acción declarativa de dominio.....	21
C. Acción de deslinde.....	22
2.4. <i>Ejercicio de acciones por parte del propietario de la finca colindante</i>	22
2.5. <i>Consecuencias para el socio-fundador por una aportación no dineraria de la que posteriormente se ve privada la sociedad</i>	23
3. CONTROVERSIAS SUSCITADAS A RAÍZ DE LA TRANSMISIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL.....	24
3.1. <i>Transmisión de un establecimiento mercantil</i>	24
3.2. <i>Pago de las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación de las trabajadoras</i>	24
A. Subrogación del adquirente en los contratos firmados por el transmitente del establecimiento mercantil.....	24
B. Responsabilidad solidaria entre adquirente y transmitente en relación con las obligaciones laborales	25
C. Aplicación de la cláusula contenida en el contrato de compraventa del establecimiento	26
3.3. <i>Pago de las deudas contraídas con anterioridad a la transmisión del establecimiento</i>	27
3.4. <i>Obligaciones de las partes en la compraventa del establecimiento mercantil</i>	27
4. POSIBILIDADES PARA DECLARAR LOS ACUERDOS SOCIALES NULOS, ASÍ COMO LOS MEDIOS DE QUE DISPONEN LOS SOCIOS DISCONFORMES PARA ACTUAR CONTRA LOS ADMINISTRADORES.....	30
4.1. <i>Junta General Ordinaria</i>	30
4.2. <i>Derecho de información</i>	31
4.3. <i>Impugnación de los acuerdos sociales</i>	32
A. Modificaciones introducidas por la Ley 31/2014	32
B. La impugnabilidad de los acuerdos sociales por defectos informativos	33
4.4. <i>Posibilidad de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en virtud de la vulneración del derecho de información</i>	34
A. Legitimación activa y plazos de caducidad.....	35
B. Normas procesales y medidas cautelares.....	36
4.5. <i>Compatibilidad entre la impugnación de acuerdos sociales y la acción social de responsabilidad</i>	36
4.6. <i>Tutela penal del derecho de información de los socios</i>	37
5. POSIBILIDADES QUE TIENE UN ACREEDOR DE LA SOCIEDAD “TU PIEL” PARA COBRAR SU CRÉDITO Y CONTRA QUIEN PUEDE DIRIGIRSE.....	40

5.1. Interrupción de la actividad de una sociedad	40
5.2. El régimen de responsabilidad de los administradores.....	41
A. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales	41
B. Acciones procesales para la depuración de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales 42	
5.3. Acciones que puede ejercitar un acreedor de la sociedad “Tu Piel” contra el administrador.....	42
5.4. Determinar contra quien puede dirigirse un acreedor de la sociedad “Tu Piel” para cobrar su crédito.....	44
A. Doctrina del levantamiento del velo societario y protección del derecho de crédito	44
5.5. Medio por el que cobrar la deuda pendiente de la sociedad “Tu Piel” y exigir la responsabilidad de su administrador	45
6. RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y ACCIONES DE LAS QUE DISPONEN LOS SOCIOS DISCONFORMES PARA MODIFICAR ESTA RETRIBUCIÓN.	46
6.1. Estructura y competencia del órgano de administración.....	46
6.2. Retribución de los administradores	46
A. Posibilidad de remuneración a Teresa Medina por su cargo de administradora única	48
6.3. Medios de los que dispone Daniel López en caso de que dejase de estar de acuerdo con esa retribución que percibe Teresa Medina.....	48
IV. CONSIDERACIONES FINALES	50
V. BIBLIOGRAFÍA	54
VI. JURISPRUDENCIA CITADA.....	55
VII. ANEXOS.....	56
1. ANEXO I – MODELO DE PAGARÉ	56
2. ANEXO II – MODELO DE DEMANDA DE JUICIO CAMBIARIO	57
3. ANEXO III – MODELO DE DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EJERCITANDO ACUMULADAMENTE LAS ACCIONES REIVINDICATORIA Y DE DESLINDE	59
4. ANEXO IV – MODELO DE DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.....	62

II. SUPUESTO 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 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.

CUESTIONES

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

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

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

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

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

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

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

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Consecuencias jurídicas de la aportación al capital social, por parte de un socio fundador, de un pagaré con firma y sello que posteriormente se demuestran falsos.

Para poder abordar la primera cuestión que se plantea hace falta referirse a la función que cumple el pagaré en el tráfico mercantil, junto con los requisitos básicos que ha de cumplir para que pueda realizar eficazmente la función de título-valor. Tras ello, conviene analizar las consecuencias de la aportación a la sociedad limitada en formación de un pagaré por parte de un socio fundador, y si resulta probado que este es falso, las repercusiones que conlleva para él, para la sociedad y para los demás socios fundadores, así como las acciones que les asisten para la defensa de sus intereses.

1.1. El pagaré como título-valor

Como es conocido el pagaré es un título-valor por el que una persona (firmante) se obliga a pagar a otra (beneficiario) o a su orden, una determinada cantidad de dinero en la fecha y lugar indicados en el título¹ (ver ANEXO I). Este título-valor se caracteriza por ser un título de crédito que contiene una promesa de pago, constituye un derecho literal y autónomo, que es efectivo a su vencimiento, no pudiendo emitirse al portador.

El pagaré se regula en la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (en adelante LCCh). Concretamente, el artículo 94 LCCh y siguientes establecen los requisitos para que un título pueda considerarse pagaré, que son, entre otros, la denominación de pagaré inserta en el título, la promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada, el nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago y la firma del que emite el título. También es aplicable a este título-valor la disposición contenida en el artículo 8 de la citada ley, relativo a la letra de cambio, que establece que cuando lleve firmas de personas incapaces de obligarse, o firmas falsas, o que por cualquier otra razón no puedan obligar a las personas que hayan firmado la letra, las obligaciones de los demás firmantes no dejarán por eso de ser válidas. En los casos de firma de un pagaré en representación de una sociedad, es necesario hacer constar la estampilla o sello de la razón social en cuya representación se actúa, como se extrae del artículo 9 LCCh. Este precepto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en la Sentencia 350/2010, de 9 de junio, donde aclaraba que cualquier pagaré firmado sin hacer constar la representación o el poder por el que se actúa, obligará al firmante personalmente, dado que es una promesa de pago que emite el firmante y resulta imposible deducir del pagaré mismo la condición de representante o apoderado, no siendo suficiente otro tipo de elementos como la indicación en el pagaré de una cuenta cuya titularidad es de la sociedad representada. En este sentido, falla la Sentencia del Tribunal Supremo 845/2003, de 11 de septiembre, de la que se extrae que para vincular a una sociedad es necesario la firma del representante junto con la mención de la razón social en la estampilla.

A. Endoso de un pagaré

En el caso planteado, el pagaré es aportado a una sociedad limitada, “*Tu Piel, S.L.*” (en lo sucesivo, “*Tu Piel*”), en el momento de su constitución, como crédito a favor de Adrián Gómez, que pasa a ser socio fundador, recibiendo 1.000 participaciones. En el pagaré figura como empresa emisora la entidad “*Construcciones Manolo, S.L.*” (en lo sucesivo, “*Construcciones Manolo*”), la cual llegado el día de vencimiento no atiende al mismo y manifiesta no haberlo expedido.

¹ MENÉNDEZ, A., ROJO A., *Lecciones de derecho mercantil Vol. II*, Aranzadi, Madrid, 2015, p. 374.

La aportación del pagaré a la sociedad Tu Piel se realiza por endoso, es decir, a través de una cláusula escrita en el pagaré o en un suplemento del mismo, por la que el tenedor del título-valor, Adrián Gómez, mediante su firma en el reverso, transmite a la sociedad Tu Piel todos los derechos derivados del pagaré, convirtiéndose desde ese mismo instante en obligado cambiario y pasando a responder en caso de impago, siempre que no se haya interrumpido la cadena de endosos y en el mismo no figuren cláusulas que indiquen lo contrario. El pagaré es transmisible por endoso excepto en los casos de pagarés “no a la orden”.

B. Juicio cambiario

La sociedad, para obtener el pago del derecho de crédito contenido en el pagaré, ha de incoar un proceso cambiario (ver ANEXO II), siendo este un medio especial para la tutela jurisdiccional de los créditos cambiarios, regulado en los artículos 819 a 827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las acciones cambiarias que puede ejercitar un acreedor en un juicio cambiario se clasifican en: de un lado, la acción directa, y de otro, la acción de regreso.

La acción directa se dirige contra el deudor principal, que en este caso es el firmante del pagaré, “Construcciones Manolo”. La gran ventaja es que para ejercitarla no es necesario que se haya levantado protesto o declaración equivalente. La acción de regreso se dirige contra cualquiera de las personas que han intervenido en el título, en este caso Adrián Gómez, el endosante del pagaré². Para ejercitar la acción de regreso es necesario protesto o declaración equivalente, haciéndose constar la falta de pago³. Producirá todos los efectos cambiarios del protesto la declaración que conste en la propia letra, firmada y fechada por el librado en la que se deniegue la aceptación o el pago, así como la declaración, con los mismos requisitos, del domiciliario o, en su caso, de la Cámara de Compensación, en la que se deniegue el pago. La acción de regreso puede ejercitarse simultáneamente con la acción directa.

El proceso cambiario se inicia mediante demanda sucinta, la cual debe ir acompañada del pagaré. El tribunal analizará, por medio de auto, la corrección formal del título cambiario y, si lo encuentra conforme, requerirá al deudor para que pague en un plazo de 10 días, o bien, ordenará el embargo preventivo de los bienes. El deudor cambiario puede formular oposición en forma de demanda, pudiendo oponer todas las causas previstas en el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que recoge las excepciones que traen causa del propio título, y las extracambiarias, fundadas en las relaciones personales entre el deudor demandado y el tenedor demandante. Si no se opone, en el plazo de diez días, se despacharía ejecución por las cantidades reclamadas. No es un proceso ejecutivo, pero adquiere esta fuerza cuando se desestima la oposición cambiaria o no se atiende al requerimiento de pago. Las acciones cambiarias contra el emisor del pagaré prescriben a los tres años, contados desde su vencimiento. Las acciones contra los endosantes prescriben al año contado desde la fecha de protesto o declaración equivalente o desde la fecha de vencimiento en los pagarés con cláusulas sin gastos.

En este caso, la firma del emisor del pagaré, junto con el sello de la empresa emisora, no se corresponden a “Construcciones Manolo” –por lo que puede oponerse en virtud de la falsedad de firma contenida en el artículo 67 LCCh–, pero en virtud del artículo 8 LCCh, el hecho de que el pagaré lleve firmas falsas no dejará sin validez las obligaciones de los demás firmantes, por lo que el endoso de Adrián Gómez es válido, siendo un obligado cambiario que ha de garantizar el pago frente a la sociedad “Tu Piel” que es el tenedor⁴.

² Artículo 50 LCCh: “El tenedor podrá ejercitar su acción de regreso contra los endosantes, el librador y las demás personas obligadas, una vez vencida la letra, cuando el pago no se haya efectuado”.

³ Exceptuando aquellos casos en los que el pagaré lleve la cláusula “sin gastos” o “sin protesto”, en los cuales no haría falta levantar protesto o declaración equivalente.

⁴ Artículo 18 LCCh: “El endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza la aceptación y el pago frente a los tenedores posteriores”.

1.2. Consecuencias penales de la conducta de Adrián Gómez

El supuesto plantea el caso en que resulta probado que la estampilla o sello insertado en el pagaré es falso, y no se corresponde con la empresa a la que se pretende hacer autora de su emisión. También se expone que resulta probado que el aportante del pagaré a la sociedad, Adrián Gómez, es quien lo firma, falsificando el título-valor. Podemos deducir de la literalidad del caso, que Adrián Gómez falsificó la firma del supuesto representante o apoderado de “Construcciones Manolo” con el fin de instrumentalizar el pago del pagaré a la asunción y desembolso de las 1.000 acciones de la sociedad “Tu Piel” de la cual es socio fundador.

A. El pagaré como documento mercantil

El pagaré como título-valor es un documento de carácter privado, pero puede encuadrarse dentro de los documentos mercantiles o de comercio. Determinar si forman parte de esta categoría, equiparándolos así a los documentos públicos u oficiales, es controvertido, ya que no hay una definición de lo que se entiende por documentos mercantiles, teniéndose que acudir a las interpretaciones jurisprudenciales.

Con este propósito cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo 165/2010, de 4 de febrero⁵, que se refiere al concepto jurídico-penal de documento mercantil, declarando que se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial. Siendo mercantiles todos aquellos documentos que recojan una operación de comercio, o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter, o sirvan para demostrarlas. Como documentos expresamente citados en estas leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, etc., destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieren a contratos u obligaciones de naturaleza comercial.

Una vez analizado el concepto de documento mercantil ofrecido por la jurisprudencia, se demuestra que el pagaré encaja perfectamente en esta categoría, a la cual la ley penal le otorga un rango especial, atendiendo a la relevancia que para el tráfico jurídico supone la falsedad en ellos contenida⁶. Para conseguir una efectiva protección, el legislador equipara los documentos mercantiles a los públicos y oficiales.

B. Falsedad en documentos mercantiles

El delito de falsedad documental en documentos públicos, oficiales y mercantiles aparece recogido en los artículos 390 a 394 del Código Penal. De acuerdo con esto cabe definir la falsedad documental como la alteración formal y/o material de un documento verdadero o la creación de uno falso, cometida mediante la realización de alguna de las maniobras falsarias descritas en el artículo 390 del Código Penal⁷. La esencia de toda falsedad es la existencia efectiva y sustancial de la mutación de la verdad y la voluntad de llevar a cabo la falsificación. La doctrina española ha afirmado que pueden reagruparse en tres las modalidades comisivas de este delito: alteración de documento verdadero, constatación falsa de un hecho y creación o formación de documento totalmente falso⁸.

⁵ En esta misma línea jurisprudencial encontramos las SSTS 1148/2004, de 18 de octubre; 171/2006, de 16 de febrero y 111/2009, de 10 de febrero.

⁶ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 174.

⁷ *Ibidem*, p. 182.

⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 979 y 980.

En este supuesto, para poder acreditar la falsificación –por parte de Adrián Gómez, socio fundador de la SL– de la firma y sello que aparecen en el pagaré, así como el resto del contenido manuscrito de este, es necesario someterlo a una prueba pericial caligráfica. Con el fin de determinar si la firma es de Adrián o del supuesto emisor, el informe del experto ha de pronunciarse acerca de los caracteres alfabéticos y en base a la composición y a la idea de trazado; y en cuanto al resto de anotaciones inmersas en documento, a la velocidad, tensión, morfología e inclinación. Si de este informe se permite desprender que Adrián es el autor del pagaré, junto con la falta de acreditación de que el libramiento del mismo obedece a una concreta operación comercial, pese a que hubiera negocios entre ellos, sería prueba suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia⁹.

Como se ha expuesto anteriormente, el título aportado por Adrián Gómez reúne todos los requisitos del artículo 94 LCCh para ser considerado título-valor y por tanto documento mercantil, produciendo así efectos jurídicos en el tráfico mercantil. La falsificación del pagaré supone una simulación entera e íntegra del documento aportado por Adrián Gómez, ya que nunca fue confeccionado y emitido por la entidad “Construcciones Manolo” y cuya rigurosa redacción le dotaba de una aparente veracidad al incluir la firma y el sello falsificados de la supuesta sociedad emisora, siendo lo suficientemente perfecto para que pudiera inducir a error al común de las gentes o a cualquier ser humano medianamente perspicaz y clarividente.

Lo expuesto nos lleva a concluir que estamos ante unos hechos constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil, previsto y penado en el artículo 392 del Código Penal, en relación con el artículo 390.1.2º del citado texto punitivo: “*Simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*”. La manipulación o falsificación del pagaré es claramente constitutiva del expresado delito, ya que si resultase probado que Adrián Gómez rellenó de su puño y letra el citado pagaré, imitando la firma del librador, se trataría de un supuesto de falsedad de contenido en el tipo penal. No se puede discutir que el documento alterado tiene carácter mercantil ni tampoco la falsificación del mismo, si es acreditada mediante los medios comentados arriba, concurriendo todos los elementos objetivos y subjetivos para asimilar esta conducta a la tipificada en el apartado segundo del citado artículo 390.1 del CP, por haberse simulado el pagaré en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad, siendo autor criminalmente responsable Adrián Gómez por su participación directa, material y voluntaria en la ejecución de los hechos (artículos 27 y 28 del Código Penal).

C. Estafa mediante uso de título-valor

Junto con el delito de falsedad en documento mercantil, ha de examinarse la posible apreciación de un delito de estafa contenido en el artículo 248 y siguientes del Código Penal. El elemento esencial del tipo penal de la estafa viene configurado por la existencia de un engaño bastante, y este ha de provocar el error en otra persona, que a su vez le lleva a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de un tercero¹⁰. Como ya establece el propio tipo penal, para que pueda apreciarse el delito de estafa es necesario que la falsificación alcance un cierto grado de verosimilitud, no ha de ser por tanto un engaño burdo o insuficiente. Para entender consumado el delito, la doctrina ha venido estableciendo que es necesaria la disponibilidad del bien objeto de estafa¹¹, siendo lo relevante el traspaso de poder o dominio sobre el valor patrimonial del objeto del delito, la disponibilidad ha de ser efectiva y no potencial, es decir, en el ámbito de los títulos-valores implica que la estafa se encuentra en grado de tentativa cuando el autor del delito ha obtenido el título pero no se ha realizado todavía su valor¹². Se requiere además el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto.

⁹ En este sentido tenemos la SAP Ciudad Real 23/2011, de 25 de julio.

¹⁰ VARONA GÓMEZ, D., *Estafa y falsedad en títulos-valores (cheque, pagaré y letra de cambio)*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 21, 29, 33.

¹¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio matrimonial: (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)*, Poder Judicial, Nº 39, 1995, pp. 525-541.

¹² CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito de estafa*, Bosch, España, 2002, p.173.

El supuesto planteado expone un intento de aparentar una legítima facultad de disposición sobre fondos ajenos, mediante la utilización de un título-valor en blanco que es rellenado personalmente por Adrián Gómez, falsificando la firma de la persona que autoriza el pago, y utilizándolo posteriormente para la asunción de las participaciones de la sociedad “Tu Piel”. Recayendo el engaño en este caso en la simulación mediante falsificación de la autorización de pago, un poder de disposición de fondos contra los que se libra el pagaré, del que en realidad se carece. No obstante, el legítimo titular del poder de disposición de los fondos contra los que se firmó el pagaré se da cuenta del engaño y de la falsificación del mismo, no reconociendo la deuda y no procediendo al pago de la misma. En este caso la estafa no produce un acto de disposición en perjuicio de la sociedad “Construcciones Manolo”, a la que se quiere hacer pasar por la emisora del pagaré, pero si hay un perjuicio patrimonial en la sociedad “Tu Piel”, a la que se aporta el pagaré, por el cual Adrián Gómez suscribe 1.000 participaciones que no llegan a ser desembolsadas, ya que el día del vencimiento del pagaré nadie atiende al mismo. En consecuencia ha de entenderse consumado el delito de estafa, ya que hay un claro perjuicio patrimonial para la sociedad “Tu Piel”, que inducida por el error de la aparente veracidad del pagaré, realizó un acto de disposición a favor del aportante, otorgándole las 1.000 participaciones y la condición de socio.

Una vez observaba la concurrencia de todos los elementos del tipo penal de la estafa (engaño, error, disposición patrimonial y causación de un perjuicio), y la consumación del delito, ha de examinarse el concreto tipo aplicable al caso. Para ello han de diferenciarse dos momentos temporales, el momento del vencimiento del pagaré –19 de diciembre de 2006–, y el momento actual, ya que dependiendo de cual tomemos de referencia para enjuiciar el caso varía el tipo aplicable, y con ello la pena finalmente impuesta. Esto es debido a la reforma de los artículos que regulan el delito de estafa, introducida por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entró en vigencia a partir de 23 diciembre de 2010.

El supuesto sitúa la cuestión en la fecha de vencimiento del pagaré, con lo que parecer ser el momento en el que se pretender enjuiciar los hechos. El tipo penal básico del delito de estafa y su pena – prisión de seis meses a tres años– no han sufrido variaciones, pero en el año 2006 la redacción del artículo 250 CP era diferente a la actual, y entre su catálogo de agravantes contenía la que “*se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio*”, que aumentaba la pena a prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. La aplicación de esta agravante tiene lugar en los casos en los que existe estafa y en ella han intervenido algunos de los títulos-valores mencionados en el artículo anterior, debiéndose aplicar la pena prevista en él. La restricción de la agravante a los supuestos de falsificación del título-valor no es, ciertamente, el planteamiento compartido por nuestra doctrina y jurisprudencia. Según la doctrina penal mayoritaria, la agravante el artículo 250.1.3º CP se aplica, entre otros, en los casos en que la estafa ha tenido lugar mediante la falsificación del título-valor¹³. Esta también es la posición mayoritaria de nuestra jurisprudencia¹⁴. Las opiniones se dividen, no obstante, a la hora de responder a la ulterior cuestión relativa a la aplicación, en estos casos, de un concurso de leyes o de delitos, entre la estafa agravada y el tipo penal de falsedad en documento mercantil.

En esta cuestión delicada y de gran importancia a la hora de determinar la pena. El Tribunal Supremo, en su numerosa jurisprudencia, ha ido variando su criterio a la hora de aplicar un concurso de leyes o de delitos, decantarse entre la aplicación conjunta del tipo agravado de estafa y falsedad en documento mercantil (concurso de delitos), o apreciando únicamente el tipo agravado de estafa (concurso de leyes). Así, en la STS 1292/2007, de 6 de marzo, se exponen los tres tipos de soluciones por las que se ha venido decantando el Tribunal Supremo:

a) 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 cheque, pagaré o letra de cambio, que debe resolverse de acuerdo con el artículo 8.3º del Código Penal, en favor del tipo de estafa agravado del art.

¹³ MORALES PRATS, F., QUINTEIRO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, 2005, p. 1147 y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito de estafa... op. cit.* pp. 334 y 343-344.

¹⁴ En esta línea encontramos las SSTs 529/2000, de 27 marzo y 140/2000, de 26 julio.

250.1.3°. Entendiéndose en estos casos que el tipo agravado de estafa consume ya el desvalor de la falsedad en documento mercantil. El argumento fundamental es, que si la agravación específica de la estafa, prevista para cuando se realiza mediante títulos-valores, contempla ya en su seno el supuesto de la falsificación de los mismos, entonces castigar además por la falsificación implicaría un *bis in dem* prohibido, por lo que debe apreciarse un concurso de normas para evitar el doble castigo. Para los casos en los que el delito de estafa se aprecia en grado de tentativa, y la falsedad se haya consumado, el Tribunal Supremo daba otra respuesta, entendiendo que si en este caso se utilizase la regla anterior se estaría aplicando el tipo penal menos grave, debiendo recurrirse a la regla de artículo 8.4° del Código Penal (principio de alternatividad), el cual conducirá a aplicar el tipo penal más grave, esto es, la falsedad documental consumada.

b) 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 artículo 248 CP, sin aplicación del supuesto del 3° del artículo 250 CP porque el desvalor de la falsificación ya queda sancionado con la autónoma punibilidad de la falsedad.

c) La doctrina del concurso medial entre la falsedad, artículo 392 CP, y la estafa agravada del artículo 250.1.3° CP, a resolver por la aplicación de las reglas del concurso medial entre ambas figuras y con aplicación del artículo 77 del Código Penal.

El criterio consolidado en la jurisprudencia¹⁵ del Tribunal Supremo, es la elección de esta última opción, basándose en que el artículo 250.1.3° no hace referencia al pagaré falsificado, por ello deben incluirse en dicho precepto las diversas posibilidades de cometer un delito de estafa a través de un pagaré, que puede no estar falsificado, como sucede en el caso del pagaré carente de fondos suficientes para hacerlo efectivo. También, en caso de no estimarse la aplicación conjunta de ambas figuras delictivas, entendiéndose ya computada o consumida en la estafa la utilización del pagaré falso (artículo 8.3° CP), se dispensaría el mismo tratamiento penológico para el que falsifica un título-valor para cometer estafa, que al que lo utiliza sin falsificar. La conducta falsaria, cuyo bien jurídico protegido es distinto, puesto que afecta a la fe pública, y a la función social de los documentos, no puede quedar absorbida por el delito de estafa, ya que la sanción de ésta no cubriría todo el desvalor de la conducta realizada, al dejar sin sanción la falsificación previa recogida en el artículo 392 CP¹⁶.

En conclusión, si se enjuician los hechos en diciembre de 2006 –fecha de vencimiento del pagaré aportado por Adrián Gómez–, se ha de apreciar un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil (artículo 392 CP) y la estafa agravada (artículo 250.1.3° CP). El concurso medial implica la concurrencia de dos o más infracciones, siendo una de ellas el medio necesario para cometer la otra. Es tipo de concurso se resuelve imponiendo la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior, sin que esta pueda superar la suma de las penas que correspondería aplicar a cada delito por separado. Si la pena prevista excede la referida suma, se le impondrían una acumulación material de las penas. La pena prevista para la falsedad en documento mercantil es prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses. El delito de estafa agravada lleva aparejado una pena de 1 año a 6 de prisión y multa de 6 a 12 meses. El concurso medial entre estos dos delitos da una pena de prisión de 3 años y 6 meses a 6 años y multa de 9 a 12 meses.

En cambio si tomamos como momento de referencia el actual para enjuiciar la conducta delictiva de Adrián Gómez, la solución varía considerablemente. La reforma introducida por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, otorga una nueva redacción al artículo 250 CP, eliminando la agravante relativa a la estafa realizada mediante título-valor o negocio cambiario ficticio. En su actual redacción no hay ninguna agravante aplicable al caso, por lo que el delito de estafa se aplicaría en su modalidad básica (artículo 248 CP). En este supuesto se resolvería mediante un concurso medial entre el delito de falsedad en documento

¹⁵ En relación con esto, las SSTS 1556/2004, de 30 de diciembre y 591/2006, de 29 de mayo.

¹⁶ SSTS 1292/2007, de 6 de marzo; 1067/2007, de 17 de diciembre; 822/2008, de 4-de diciembre y 236/2009, de 17 de marzo.

mercantil (artículo 392 CP) y el tipo básico de estafa (artículo 248 CP), que tiene una pena de 6 meses a 3 años de prisión, quedando determinada la pena en 1 año y 9 meses a 3 años de prisión y multa de 9 a 12 meses.

1.3. Responsabilidad por aportaciones no dinerarias en una sociedad limitada

Como es conocido, en la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada, la asunción de participaciones sociales por parte de los socios los obliga a realizar aportaciones a la sociedad que le permitan formar su propio patrimonio y cubrir la cifra de capital social exigido legalmente¹⁷.

La Sociedad Limitada “Tu Piel” se formó en el año 2006, en ese mismo año también vence el pagaré aportado a la sociedad por Adrián Gómez, por un importe de 10.000 euros, en pago de esta aportación social recibió 1.000 acciones de 10 euros cada una, convirtiéndose en socio. Los hechos tuvieron lugar en el año 2006, en período de vigencia de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL). Actualmente esta ley ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital. Como en el momento de la constitución de la sociedad y de la aportación y vencimiento del pagaré todavía se encontraba vigente la LSRL, esta es la ley a la que ha de utilizarse como marco normativo.

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece en su artículo 4 que el capital social de una SL no podrá ser inferior a quinientas mil pesetas (3.005 euros) y que ha de estar totalmente desembolsado desde su origen. Asimismo, para la formación del capital social, los socios fundadores sólo pueden aportar bienes o derechos patrimoniales (aportaciones dinerarias o no dinerarias), susceptibles de valoración económica (artículo 18), no pudiendo en ningún caso aportar el trabajo o los servicios (ya que no cumplirían la exigencia del artículo 4 del íntegro desembolso del capital social desde el momento constituyente). El pagaré es considerado un derecho de crédito –un medio de pago como las letras de cambio o los cheques, a los que el Código Civil se refiere en el artículo 1170, estableciendo que no son dinero en sentido estricto, sólo producen efectos del pago cuando se acredite su efectiva realización¹⁸. En consecuencia, entran dentro de las aportaciones no dinerarias, cuyos requisitos aparecen recogidos en el artículo 20 LSRL, estableciendo necesaria la constancia en escritura de la descripción y valoración de estas aportaciones, así como su constancia registral, el valor atribuidos y la numeración de las participaciones que se les asigne en pago. El apartado segundo de este artículo fija una remisión a la Ley de Sociedades Anónimas¹⁹, en cuyo artículo 39 apartado segundo dispone: “*Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor*”. El régimen de responsabilidad para el aportante no se corresponde con el general de la cesión de créditos, contenido en el artículo 1529 del Código Civil, ni tampoco con el del artículo 348 del Código de Comercio, ya que en este caso el aportante responde de la legitimidad del crédito así como de la solvencia del deudor, obligación que no se exige en la cesión de créditos. La responsabilidad del socio aportante de un crédito a una sociedad limitada en formación se concreta en la obligación de satisfacerlo, cuando el crédito que venza resulte fallido, en todo o en parte, aquello que la sociedad no hubiese recibido en ese momento²⁰. La cesión del crédito del socio a la sociedad se entiende efectuada en el momento de otorgamiento de la escritura, que es el cuando se adjudican las participaciones sociales que le corresponden en contraprestación, sin que sea necesario esperar al vencimiento del crédito²¹.

La garantía relativa a la existencia y legitimidad del crédito, contenida en el artículo 20 de la a Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, significa que el aportante responde de la realidad del crédito

¹⁷ MENÉNDEZ, A., ROJO A., *Lecciones de derecho mercantil Vol. I*, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 437.

¹⁸ PAZ-ARES, C., (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, p. 378.

¹⁹ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

²⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La sociedad de responsabilidad limitada*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 221.

²¹ En relación con lo previsto en los artículo 12.2 y 20.1 de la LSRL.

y de su pertenencia, con libre facultad de transmitirlo. En el caso de que un socio aporte un crédito que carezca de realidad entraría en juego el artículo 21.1 de la LSRL: “*Los fundadores (...), responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las aportaciones no dinerarias y del valor que se les haya atribuido en la escritura*”. La responsabilidad exigida por el artículo 21 LSRL es objetiva, al margen de cualquier otra consideración de la voluntad de los socios. Se prescinde de cualquier apreciación sobre la conducta de los fundadores, en el sentido de que no requiere la concurrencia de dolo o culpa en su proceder para concluir que a ellos también abarca la responsabilidad. Lo único relevante a efectos de la aplicación del citado artículo, es la existencia material de una incuestionable conexión entre el comportamiento observado por los fundadores y la incompleta integración del capital social, ocasionada por la falta de realidad de la aportación no dineraria con motivo de la constitución de la sociedad. La responsabilidad por aportaciones no dinerarias incluye a todos los socios fundadores, los aportantes y los que adquieran alguna participación desembolsada mediante aportación no dineraria. Todos ellos serán responsables solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad y de la valoración de tales aportaciones.

A. Examen de la concurrencia de los motivos que desatan la responsabilidad contenida en el artículo 21 LSRL

En este caso, el firmante del pagaré y principal obligado es la sociedad “Construcciones Manolo”, que no atiende al pago del mismo y, si resulta probado que Adrián falsificó la firma y sello de dicha empresa, nunca podría obligársele a que hiciera frente al pago. No obstante, la aportación del pagaré a la sociedad “Tu Piel” se realiza mediante un endoso, siendo Adrián un obligado cambiario contra el que la sociedad puede ir, como ya se mencionó anteriormente, por medio de la acción de regreso. Además de esta vía, la cesión de créditos a una sociedad implica que el aportante responde de la legitimidad del crédito y de la solvencia del deudor, por lo que también pueden reclamarle la cuantía del pagaré aportado mediante la aplicación del artículo 20.2 LSRL que remite a lo dispuesto en el artículo 39 LSA. Adrián respondería en este caso no de la insolvencia del deudor, sino de la falta de obligación de responder del mismo. Si Adrián no pudiese hacer frente al pago del pagaré, debiéndose a su propia insolvencia, y faltando otras garantías reales o personales que aseguren el crédito, el resultado final será que el patrimonio social no habrá quedado adecuadamente formado. Tal circunstancia puede dar pie a plantear que en esta situación habrá de originarse la responsabilidad anudada a la falta de realidad de las aportaciones no dinerarias (artículo 21 LSRL), bajo el pretexto de que la aportación en cuestión se encontraría por completo privada de efectividad, ya que el requisito de la efectividad no llega a cumplirse cuando el objeto de la aportación carece absolutamente de valor. Empero, semejante opinión no puede compartirse, dado que en el momento al que debe atenderse para apreciar la efectividad de una aportación es el de su verificación, que debe considerarse producida en el momento de otorgamiento de la correspondiente escritura pública de constitución. De otro modo, se daría una extensión desmesurada a la exigencia de la realidad de las aportaciones no dinerarias, poniendo a cargo de los legitimados pasivos mencionados en el artículo 21 LSRL el riesgo de la prestación realizada a favor de la sociedad, lo cual resulta exorbitante²².

En conclusión, ha de rechazarse la opinión de que todos los supuestos de responsabilidad del aportante (*ex* artículo 39 LSA) constituyen asimismo casos en que se desata la responsabilidad solidaria por la realidad y por la valoración de las aportaciones no dinerarias de fundadores, demás socios, administradores y adquirentes de alguna participación desembolsada defectuosamente mediante aportaciones de la referida naturaleza. Es preciso destacar que no en todas las circunstancias que inciden en la integración del capital social puede apreciarse un supuesto de falta de realidad o sobrevaloración de las aportaciones no dinerarias, que son los únicos motivos que desatan la responsabilidad prevista en el artículo 21 LSRL. En definitiva, ha de desmentirse que este artículo represente un recurso general a

²² LA CASA GARCÍA, R., *Responsabilidad y aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 116 y 117.

empelar ante cualquier caso de ausencia de cobertura del capital social, con independencia de la causa a que obedezca, siendo necesario un examen pormenorizado de cada uno de los supuestos.

B. Acción de reclamación de daños y perjuicios contra Adrián Gómez

El hecho de que no estemos ante un supuesto de aplicación de la responsabilidad solidaria contenida en el artículo 21 LSRL, no implica que no se pueda ir contra Adrián por su aportación no desembolsada, bien por ser un obligado cambiario o bien por estar obligado a responder por la solvencia y legitimidad del pagaré aportado. En el caso de que Adrián no pague el importe del pagaré, la aportación no dineraria por el realizada carecería totalmente de efectividad pudiendo reclamársele los daños y perjuicios causados a la sociedad.

La sociedad puede ejercer la acción de responsabilidad por la legitimidad del crédito aportado y por la solvencia del deudor, junto con la acción de reclamación de daños y perjuicios. Para lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios originados es posible recurrir a dos vías. La primera de ellas, el ejercicio de una acción de responsabilidad civil, prevista en el artículo 1902 CC, que prescribe en un año desde que la sociedad tuvo conocimiento del daño, que se dirige contra la persona o personas cuya conducta dolosa hayan causado la incompleta integración del capital por la falta de realidad o de valoración de sus aportaciones no dinerarias, es decir, iría únicamente dirigida contra Adrián Gómez. Pero tal vez una vía más sencilla, para lograr la reparación de los daños y perjuicios causados, es la que nos ofrece la del incumplimiento contractual por parte Adrián, ya que la falta de realidad de su aportación constituye una inobservancia de la obligación del desembolso íntegro, siendo esta la principal obligación asumida por los socios. En este sentido, es de aplicación la regla general de incumplimiento contractual, según la cual procede una indemnización de los daños y perjuicios causados, siempre que el deudor hubiera incurrido en dolo, negligencia o morosidad, o de cualquier modo hubiera contravenido el tenor de la obligación (artículo 1101 CC)²³, que está sujeta al plazo de prescripción del artículo 1964 CC de quince años²⁴.

²³ *Ibidem*, pp. 62, 64, 65.

²⁴ ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, Bosch, Barcelona, 2007, p.196.

2. Posibilidad de adquirir la propiedad de una franja de terreno invadido por la construcción de una nave. Acciones que el propietario de la parcela invadida puede ejercitar. Consecuencias jurídicas para el invasor en caso de no adquirir la propiedad tras la aportación de finca y nave a una sociedad.

Para dar respuesta a la cuestión, acerca de la posibilidad de adquirir la sociedad “Tu Piel” la propiedad de la franja de terreno invadido, es necesario primero valorar si Alejandro Hernández era propietario de la misma, ya que es quien la transmite a la sociedad durante su constitución, en forma de aportación no dineraria. También hay que hacer referencia a los medios que posee el propietario de la parcela invadida para hacer prevalecer su dominio, así como su posible apreciación en el caso planteado. Por último, hablar de las consecuencias que se derivarían para el aportante, Alejandro, si la sociedad se viese privada de la propiedad de dicha finca y nave con los consiguientes perjuicios.

2.1. Modos de adquirir la propiedad

Los modos de adquirir de la propiedad pueden clasificarse en originarios, si se produce una adquisición primigenia o porque se hace surgir el dominio sobre la cosa independientemente de un título anterior; o derivativos, si la adquisición se produce a consecuencia del traspaso de una propiedad ya existente.

El supuesto plantea la adquisición de la propiedad de una franja del terreno colindante a la finca propiedad de Alejandro Hernández, dicha franja fue ocupada por la construcción extralimitada de una nave en 1995, la cual es utilizada como almacén por la sociedad “Tu Piel”, actual propietaria de la finca tras su aportación por Alejandro en la escritura de constitución de la sociedad. Por ello, se debate la adquisición de la propiedad de una parcela que ya tenía dueño, pero, a pesar de esto, son de aplicación los modos originarios de adquirir la propiedad, ya que estos no solo hacen referencia a las cosas sin dueño anterior adquiridas de modo originario (la ocupación), sino que también tendrá carácter de adquisición originaria si el derecho que se adquiere no depende o, mejor, no deriva del derecho anterior, pudiendo incluso manifestarse en contradicción con el titular precedente (accesión o prescripción). Tanto la accesión como la prescripción adquisitiva, aún siendo modos originarios de adquisición de la propiedad, son aplicables para lograr la pretensión de la sociedad “Tu Piel” de ser reconocida como dueña, no sólo de la finca y de la nave construida aportadas por Alejandro Hernández, sino también de la franja de terreno invadida por la construcción.

A. Prescripción adquisitiva

La prescripción adquisitiva, también llamada usucapión, es el modo de adquirir el dominio o los derechos reales por la posesión a título de dueño²⁵, continuada por el tiempo señalado en la ley, es decir, si una persona posee un bien durante un tiempo determinado y transcurre el plazo que marcado por la ley, puede adquirir la propiedad de dicho bien²⁶. El Código Civil hace referencia a la prescripción en su artículo 1930²⁷, hablando tanto de la prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales, como de la prescripción extintiva de los derechos y acciones.

²⁵ La sentencia de 1317/1984, de 19 de junio, afirma que es requisito esencial básico la posesión en concepto de dueño, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria.

²⁶ Artículo 609 CC: “La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción”.

²⁷ Artículo 1930 CC: “Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean”.

La prescripción adquisitiva o usucapión puede dividirse en ordinaria o extraordinaria. Para poder acceder a la propiedad por vía de la usucapión ordinaria es necesario que el poseedor tenga justo título y buena fe por el tiempo determinado en la Ley. El justo título es uno de los requisitos esenciales para apreciar la prescripción adquisitiva. Se entiende por título, para los efectos de la prescripción, el hecho que sirve de causa a la posesión, debiendo reunir los requisitos de ser justo, verdadero y válido. El artículo 1952 CC dispone “*entiéndase por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate*”. Entran dentro de esta calificación la compraventa, la permuta, la donación, la herencia, etc. Los artículos 1953 y 1954 CC establecen que para la prescripción el título ha de ser verdadero y válido, debiendo probarse, ya que no se presume nunca.

Vistos los requisitos de la prescripción adquisitiva ordinaria se puede concluir que no tiene cabida en el caso planteado, ya que Alejandro no poseía justo título, y por tanto ni él ni la sociedad puede acceder por esta vía a la propiedad de la franja de terreno invadida. Sin embargo, la usucapión extraordinaria no exige los requisitos de justo título y buena fe, para lo que establece un mayor plazo de tiempo. Dispone el artículo 1959 CC que el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles prescriben “*por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes*”. Como la nave se construyó en octubre de 1995 y la extralimitación, y por tanto la falta de propiedad de esa franja de terreno, se descubrió en marzo de 2016, no pasó el plazo legalmente previsto, de treinta años, para la usucapión extraordinaria. La conclusión es que por medio de la prescripción adquisitiva, ni en su modalidad ordinaria como extraordinaria, la sociedad “Tu Piel” no puede reclamar la propiedad del terreno invadido.

B. Accesión

Una vez descartada la prescripción adquisitiva, ha de hacerse referencia al otro modo originario de adquirir la propiedad independientemente del título o derecho anterior, la accesión. El artículo 352 del Código Civil establece que “*la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente*”. En base a esto, la doctrina suele definir la accesión como el derecho que corresponde al propietario de una cosa para hacer suyo lo que esta produce o se le une o incorpora de natural o artificialmente. De este concepto se derivan dos clases: por un lado, la accesión por producción o discreta, y de otro, la accesión por unión o continua.

La construcción de una nave en un terreno provoca la unión de una cosa a otra, en calidad de accesoria y de un modo inseparable, por lo que entra dentro de la accesión continua, pudiendo calificarse también de accesión artificial o industrial de bienes inmuebles. Este tipo de accesión se rige por una serie de principios:

- La accesoriedad: El suelo, por su calidad de estable y fijo, se considera como cosa principal, y su propiedad absorbe la de lo incorporado en él. El artículo 358 CC establece que lo edificado en predios ajenos pertenece al dueño de los mismos. Para esto es necesario que la incorporación sea permanente y no pueda retirarse sin menoscabo de lo incorporado. Junto con esto, el artículo 359 CC dispone que todas las obras se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario.

- La indemnización: Esta accesión lleva consigo un derecho de indemnización a favor del dueño de los materiales incorporados, fundado en el principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de otro. Por ello el artículo 361 CC faculta al dueño del terreno en que se edificare a hacer suya la obra, previa la indemnización (establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil), o a obligar al que fabricó a pagarle el precio del terreno. Especial relevancia tiene la mala fe, ya que si el que edificó en terreno ajeno lo hiciera de mala fe, es decir, a sabiendas de que el terreno en el que construía no era de su propiedad, perderá lo edificado sin derecho a indemnización (artículo 362 CC). El dueño del terreno en que se haya edificado con mala fe puede exigir la demolición de la obra, reponiendo las cosas a su estado primitivo, a costa del que edificó (artículo 363 CC). En el caso de que haya habido mala fe tanto por parte

del que edifica en terreno ajeno como del dueño de éste (cuando la construcción se realiza a su vista ciencia y paciencia sin oponerse), los derechos de uno y otro serán los mismos que si ambos hubieran procedido de buena fe (artículo 364 CC).

El caso planteado se presenta como una construcción extralimitada, Alejandro Hernández construyó una nave en un terreno de su propiedad, descubriéndose posteriormente que invadió 75 m² pertenecientes a la finca colindante. La invasión del terreno perteneciente al tercero es sólo parcial, al rebasar Alejandro los linderos de su finca invadiendo la contigua, presumiéndose sin mala fe, ya que se descubre después de más de veinte años desde la construcción de la nave. En este supuesto se da una construcción extralimitada, ya que la mayor parte del suelo en el que se levanta la edificación es propiedad Alejandro. Por ello el principio de la accesión industrial inmobiliaria quiebra y se invierte, dando lugar a la aplicación de las reglas de la accesión invertida. Esta figura no tiene una regulación específica en nuestro Derecho positivo, y, como en tantos otros campos de la actividad empresarial, ha tenido que ser la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que reconoció y aplicó, dándole carta de naturaleza, la figura de la accesión invertida.

C. Accesión Invertida

La primera sentencia que admitió la accesión invertida en los casos de construcciones extralimitadas fue la del Tribunal Supremo 721/1949, de 31 de mayo. Esta sentencia rechazó otras posibles soluciones jurídicas, entendiendo que la solución de que el dueño del terreno invadido lo fuese también de lo edificado sobre el mismo era injustificada. Dicha sentencia es continuadora del criterio seguido por primera vez en la sentencia del Tribunal Supremo 115/1923, de 30 de junio, donde se expone que el problema creado “al excederse el edificante de los límites de su suelo propio”, podría dar la posibilidad de reconocer al “edificante de buena fe el derecho a hacer suyo el suelo invadido por lo edificado con extralimitación mediante el pago de su precio.”

La accesión invertida o inversa, ha sido definida como toda edificación en suelo que en parte pertenece al constructor y en parte al propietario del fundo colindante, determinando que lo principal sea lo edificado y lo accesorio la porción de terreno invadido²⁸, dando lugar con ello a que el suelo ceda al edificio y no al contrario como es regla general. En definitiva, se trata de una modalidad de accesión en la que el dueño del terreno edifica en suelo que es en parte propio y en parte ajeno, con materiales ajenos y de buena fe, adquiriendo a resultas de la propiedad del edificio la propiedad de la porción de suelo ajeno que ha sido invadida por el referido inmueble. Obviamente, sólo se da en casos de edificación, no en los de plantación o siembra, ya que en estos casos no concurre la imprescindible indivisibilidad entre lo edificado y el suelo ajeno ocupado.

La existencia de esta figura jurídica no conculca el derecho de propiedad que consagra el artículo 33²⁹ de la Constitución Española de 1978, pues el fundamento de esta modalidad de acceso a la propiedad es la preeminencia que la jurisprudencia otorga al constructor-propietario de una cosa, que al construir su obra lo hace ocupando en parte suelo que no le pertenece, frente a consentir que el propietario de este suelo, de valor inferior al conjunto, inste la demolición de lo edificado, lo que sin duda se entiende mucho más costoso y antieconómico. La accesión invertida se basa en razones de política económica, social y de buena vecindad.

De las declaraciones jurisprudenciales se desprenden los requisitos necesarios para poder apreciar la accesión invertida:

²⁸ Definición contenida en la STS 162/1980, de 28 de abril.

²⁹ EL artículo 33 CE en su apartado primero reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. En el apartado tercero establece que “*nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes*”.

- 1) Que quien la pretenda sea titular dominical de lo edificado.
- 2) Que el edificio sea construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es de propiedad ajena. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que la accesión invertida descansa en la idea de que la invasión del fundo colindante es parcial, y que por tanto al menos en otro tanto el edificio se construye en suelo que pertenece al constructor, no siendo de aplicación esta figura cuando la totalidad de lo edificado se hace en suelo ajeno.
- 3) Que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible. Si fuera posible la separación, no cabe tampoco hablar de accesión invertida, pues faltaría la razón de ser de la misma. Por ello no comprende esta institución los supuestos de plantación o siembra en suelo en parte propio y en parte ajeno.
- 4) Que el edificio en su conjunto tenga un valor económico superior al valor del suelo invadido.
- 5) Que haya existido buena fe por parte del edificante. La buena fe es la creencia errónea de que se tiene derecho a construir en esa porción de terreno, ignorando que este no le pertenece. Concorre aún en el caso de que el vecino se oponga a la construcción, si el constructor tiene motivos para creer razonablemente que ostenta un derecho a construir en dicho suelo.

En un principio la accesión invertida sólo podía ser solicitada por el edificante invasor, pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido reconociendo una cierta permisividad en lo relativo a su legitimación activa. Primero se permitió la accesión invertida a instancia del edificante, luego ésta podía ser concedida a instancia del dueño del suelo invadido, no sólo por decisión propia favorable, sino incluso también cuando en su demanda reivindicaba su parte de suelo ocupado. En esta dirección se ha movido nuestra jurisprudencia hasta terminar declarando que la accesión, sobre todo la invertida, es prácticamente declarable de oficio.

Frente a la voluntariedad que la jurisprudencia otorga a la accesión ordinaria en el artículo 361 CC, en la invertida, en cambio, la jurisprudencia estima que la accesión opera automáticamente por aplicación forzosa del artículo 361 CC *in fine*. La STS 4357/ 1978, de 11 diciembre 1978, lo establecía al decir que la accesión invertida “no es sino la ejecución forzosa de esa segunda opción del tan citado artículo 361 del CC”. Exacta idea se contiene en la STS 386/1980, de 10 diciembre, al decir que la accesión invertida supone “obligar al dueño del terreno a aceptar aquella opción -refiriéndose a la accesión invertida- del artículo 361 CC”. Es por ello que, no en pocas han sido las ocasiones, el propio TS ha concedido, o, mejor dicho, ha impuesto la accesión invertida, no sólo cuando es instada por el edificante invasor, sino también cuando lo es a instancia del propio dueño del suelo invadido, bien cuando lo que pide es el pago del valor del suelo ocupado, o bien incluso cuando lo que pide es la reivindicación de su suelo invadido o la destrucción de la obra invasora.

Dándose los requisitos exigidos, la accesión invertida determina la adquisición, por el constructor, de la propiedad del terreno invadido, debiendo abonar al dueño de éste el valor de la porción de terreno de la que se ha visto privado e indemnizándolo de todos los daños y perjuicios producidos. Esta modalidad de acceso a la propiedad paraliza los efectos derivados del ejercicio de una eventual acción reivindicatoria por parte del dueño del suelo invadido.

La indemnización, según la doctrina del Tribunal Supremo, debe ser de cuantía suficiente para que se compense al dueño de esa porción de tierra invadida de todo quebranto o menoscabo económico, que la segregación de una parte de la finca pueda producir en el resto de su propiedad. De este modo, ha dicho la jurisprudencia que la indemnización reparadora “ha de bascular entre la posible codicia del dueño del

terreno y el injusto enriquecimiento del constructor que posee el terreno desde un principio sin el menor disfrute del dueño, que, paralelamente, se ve perjudicado por ello”³⁰.

2.2. Adquisición de la propiedad por la sociedad “Tu Piel” de la franja de terreno invadida

Alejandro Hernández puede acceder a la propiedad de la franja de terreno, en el que se extralimitó al construir la nave sobre su parcela, mediante la accesión invertida. Todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que se pueda apreciar la modalidad de accesión invertida los reúne, ya que Alejandro es dueño indiscutible de la parcela donde se construyen principalmente la nave, pertenecientes sólo 75 m² a la finca colindante. La nave, como construcción, forma un todo con la parcela sobre la que se asienta, sin que sea posible la separación sin menoscabo su valor, teniendo la construcción un valor superior a la franja de terreno invadido. Alejandro al construir la nave, según la literalidad del caso, no era consciente de que lo estuviera haciendo en suelo ajeno, algo de lo que obtuvo conciencia en marzo de 2016, además la buena fe se presume siempre, teniendo que probar la mala fe (artículo 434 CC), por lo que podemos concluir, que también concurre la buena fe exigible a edificante. Junto con estos requisitos, para que concurra la accesión invertida, es preciso adquirir y ello pasa por abonar al dueño del suelo invadido el valor del mismo, más una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Alejandro aportó la sociedad “Tu Piel”, en el acto de otorgamiento de la escritura de constitución, la finca de 1.000 m² en la que se encuentra la nave extralimitada, valorado todo en 10.000 euros, en virtud de lo cual se convirtió en socio-fundador de dicha sociedad. En consecuencia, como Alejandro puede adquirir la titularidad dominical por medio de la accesión invertida, ya que reunía todos los requisitos, también la sociedad “Tu Piel”, actual propietaria de la finca con la construcción extralimitada, puede adquirir la propiedad de la franja de terreno perteneciente a la finca colindante donde se asienta la nave. No obstante, para ello es indispensable la sociedad pague al dueño de la parcela colindante el valor de la porción de terreno invadido con su construcción extralimitada, junto con la indemnización de daños y perjuicios.

A. Obligación de Alejandro de saneamiento por gravámenes ocultos

Los vicios o gravámenes ocultos originan una responsabilidad por causa de un defecto existente en el momento de realizar la aportación, pero que es advertido con posterioridad, debido al carácter interno del vicio. La presencia del gravamen implica la aplicación del artículo 64 de la Ley de sociedades de capital, por el que el aportante de un bien inmueble *“estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa”*.

2.3. Las acciones protectoras del dominio

La propiedad tiene a su favor una serie de acciones para su protección y con el fin de reprimir cualquier tipo de violación o perturbación. La acción dominical por excelencia es la reivindicatoria, cuya finalidad es la de recuperar la cosa de quien la detenta indebidamente, junto a la que se encuentran otra serie de acciones menores.

³⁰ STS 819/1989, de 8 de noviembre.

A. Acción reivindicatoria

Esta acción aparece recogida en el artículo 348 del Código Civil: “*el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”. La acción reivindicatoria puede ser ejercida por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario. Es una acción real, por lo que es ejercitable *erga omnes*, ya que puede ejercitarse frente a cualquiera que posea la cosa, es recuperatoria, debido a que persigue la recuperación de la cosa y es un acción de condena.

Los requisitos para el ejercicio de esta acción han sido delimitados por la doctrina y jurisprudencia, entre los que se encuentran:

a) El bien reivindicado por el demandante se justifique en un derecho de propiedad. Esto conlleva la tenencia, por parte del demandante, de un justo título de dominio, válido, legal y eficaz en derecho. No es necesario que este título consista en una escritura pública o documento privado, ya que derecho del actor puede justificarse por cualquiera de los medios probatorios admitidos en nuestra legislación e incluso a través de la posesión continuada durante el plazo y con las condiciones establecidas para la prescripción adquisitiva.

b) El bien reivindicado esté poseído por el demandado sin título para ello, es decir, de forma indebida sin título que justifique la posesión, o con derecho de menor entidad que el del actor.

c) La reclamación de una cosa concreta y perfectamente identificada. En el caso de reivindicación de terrenos debe fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de las fincas.

El efecto de la acción reivindicatoria, tras una sentencia favorable al reivindicante, es la obligación que recae sobre el demandado de restituir la cosa reclamada.

EL plazo de prescripción aplicable a la ejercicio de la acción reivindicatoria es el establecido en los artículos 1963 y 1969 del Código Civil, los cuales determinan el plazo de prescripción general de las acciones reales y el momento en que se inicia el cómputo del mismo, disponiendo que las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años, plazo que empieza a contar desde el día que pudieron ejercitarse.

B. Acción declarativa de dominio

La acción declarativa de dominio tiene como objeto declarar judicialmente la propiedad de un bien frente a la persona que la discute o se la quiere atribuir. Esta acción no viene mencionada expresamente como tal en el Código Civil, no obstante, la jurisprudencia considera dicha acción derivada de lo dispuesto en el artículo 348 del Código Civil. No se debe confundir la acción declarativa de dominio con la acción reivindicatoria, esta última tiene un doble objeto, que se reconozca el derecho de propiedad del actor, y se restituya la cosa. Es decir, protege el dominio cuando ha habido una privación o detención de la cosa por persona distinta al propietario. La acción declarativa tiene un único fin, y es declarar a actor propietario de la cosa, sin ser necesario que el demandado sea poseedor, ya que esta puede continuar bajo el poder del actor.

La sentencia del Tribunal Supremo 729/2012, de 22 de noviembre, reconoce la existencia de la acción declarativa de dominio, así como los requisitos para apreciar esta acción: “La acción declarativa de dominio, derivada del artículo 348 CC, precisa como presupuestos la acreditación del título de propiedad por parte del demandante y la identificación e identidad, como cosa señalada y reconocida, de la cosa objeto de demanda”. De esto se extrae que los requisitos para el ejercicio de la acción declarativa son idénticos a los necesarios para ejercer la acción reivindicatoria, a excepción de la posesión de la cosa por el demandado.

C. Acción de deslinde

El artículo 384 del Código Civil regula la acción de deslinde de la siguiente manera: *“Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes.”* La acción de deslinde puede ejercitarse, de mutuo acuerdo o de forma contenciosa, cuando los linderos de dos fincas contiguas están confundidos.

Los requisitos para el ejercicio de la acción de deslinde son:

- a) Que las propiedades a deslindar sean contiguas y sin separación.
- b) Que las partes intervinientes sean propietarios de las fincas a deslindar.
- c) Que los linderos sean desconocidos o inciertos.

El artículo 1965 del Código Civil configura la acción de deslinde y amojonamiento como imprescriptible: *“No prescribe entre (...) propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas”.*

La acción de deslinde puede ejercerse de manera conjunta en un mismo pleito junto con la acción reivindicatoria y la acción declarativa de dominio.

2.4. Ejercicio de acciones por parte del propietario de la finca colindante

El dueño de la franja de terreno invadido por la construcción extralimitada de la nave, propiedad de Alejandro Hernández, puede ejercer la acción reivindicatoria para ser reconocido como propietario del terreno invadido y para que este se le restituya. Cumple todos los requisitos exigidos para el ejercicio de esta acción y no ha pasado el plazo de treinta años para ejercitarla. Junto con la reivindicación, el dueño de la finca colindante, también puede ejercer acumuladamente la acción de deslinde. El ejercicio de la acción declarativa de dominio no es necesario, ni tendría sentido, ya que se busca la restitución de la cosa que en posesión del demandado, no llegando la simple declaración de propiedad del actor.

Es posible el ejercicio conjunto de la acción reivindicatoria y de deslinde (ver ANEXO III), existiendo acumulación objetiva de ambas acciones, a fin de dilucidar ambas pretensiones en un mismo proceso para, en caso de que no prosperando la reivindicatoria, pudiera estimarse la de deslinde. Es posible la acumulación ya que, aunque ambas acciones obedece a objetivos distintos, la delimitación de los linderos buscada por la acción de deslinde, tiene ciertas afinidades a la finalidad perseguida por la acción reivindicatoria. Sin embargo, esta última presenta, frente a la primera, la protección más amplia del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de una posesión de quien indebidamente la detente. En conclusión, es admisible el ejercicio acumulado de ambas acciones - la reivindicatoria y la de deslinde -, dado que la estimación de una no implica la estricta estimación de la otra, pues si los linderos están perfectamente delimitados, se admitiría la reivindicatoria, pero no la de deslinde.

El ejercicio de estas acciones por parte del propietario de la finca colindante, irían dirigidas contra la sociedad “Tu Piel”, actual propietaria de la finca y la nave, presentando demanda de juicio ordinario ante un Juzgado de Primera Instancia (artículo 45 LEC) del lugar en el que radica la finca (artículo 52.1.1º LEC). La sociedad, por su parte, en la contestación a la demanda debería formular reconvenición alegando la aplicación de la accesión invertida. El juez, tanto si la sociedad invoca esta figura como si no lo hace – ya que la accesión invertida es aplicable de oficio–, desestimaría la acción reivindicatoria y apreciaría la aplicación de la accesión invertida, ya que en este supuesto, de construcción extralimitada, se dan todos los requisitos exigidos. Por ello, aunque el demandante pretenda el reintegro de la franja de terreno reivindicado y la demolición de lo construido en él, esta pretensión del actor no puede resolverse atendiendo únicamente a la concurrencia de los requisitos que condicionan la aplicación de la acción

reivindicatoria, pues el mismo tiene una específica incardinación en la figura jurisprudencial de la accesión invertida.

2.5. Consecuencias para el socio-fundador por una aportación no dineraria de la que posteriormente se ve privada la sociedad

En el caso de que no se cumplan los requisitos exigidos para la aplicación de a accesión invertida, al faltar, por ejemplo, la buena fe, por proceder Alejandro Hernández a la construcción de la nave a sabiendas de que sobresalía los linderos de su finca; la sociedad “Tu Piel” no adquiriría la propiedad de la franja de terreno colindante invadida. La reclamación del reintegro por parte de su legítimo propietario, podría ocasionar la pérdida de parte de la nave, obligando a la sociedad a la demolición de lo extralimitado, corriendo con los gastos. El dueño del terreno invadido no sólo tiene la opción de solicitar la devolución de las cosas a su estado primitivo, sino que también puede hacer la obra suya, adquiriendo la nave en su totalidad y el terreno ocupado por ésta, y al proceder el constructor con mala fe, no tendría la sociedad derecho a indemnización.

En cualquiera de los dos casos expuestos, la sociedad “Tu Piel” sufriría un perjuicio patrimonial al verse privado de parte o de la totalidad de la nave que utilizan como almacén, perjuicio causado por Alejandro Hernández con su aportación no dineraria. En este sentido es necesario traer a colación el artículo 64 de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual el aportante estará obligado al saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa. En este caso entraría en juego el saneamiento por evicción. Este tendrá lugar cuando por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior, se prive de todo o de parte de la cosa (artículo 1475 CC). Los efectos del saneamiento por evicción varían según se trate de evicción total o parcial. Las reglas de la evicción contenidas en el Código Civil hacen referencia al saneamiento en la compraventa, dado que propiamente no existe intercambio de cosa por precio, la aplicación de las reglas enunciadas al ámbito de las aportaciones sociales no dinerarias requieren una serie de adaptaciones³¹.

Por un lado, se considera que la evicción total concede a la sociedad el derecho de exigir al aportante el precio de la cosa, así como los frutos o rendimientos, las costas del pleito que haya motivado la evicción y los daños e intereses (artículo 1478 CC). Así, una vez satisfecha esta responsabilidad las participaciones sociales atribuidas al aportante habrán quedado debidamente desembolsadas. El precio que está obligado a restituir el aportante es el que tuviere el bien aportado el tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el del momento de la aportación, pudiendo suceder de ser menor, que la sociedad no se reintegre totalmente del valor asignado a la cosa aportada en la escritura de constitución; en este caso la sociedad no cuenta con ninguna acción contra el aportante, de manera que no tendrá otra alternativa que contabilizar la diferencia como pérdida.

Por otro lado, la evicción parcial se encuentra supedita a la demostración por parte de la sociedad de que se trata de un vicio de tal importancia que, de haberlo previsto, no habría aceptado la aportación en cuestión (artículo 1479 CC). La evicción parcial permite a la sociedad la rescisión de la aportación sin más obligación que la de restituir al aportante la cosa, o parte de la cosa, que no haya sufrido evicción. Así pues, esta modalidad de evicción dará lugar a la oportuna reducción del capital social como consciencia de la amortización de las correspondiente participaciones sociales atribuidas al aportante, puesto que la devolución del precio tendrá que tener por objeto las participaciones sociales recibidas en pago de la aportación no dineraria afectada por la evicción³². Para evitar la reducción del capital social, la sociedad también puede optar por reclamar al aportante el pago del valor que al tiempo de la evicción tuviesen los bienes objeto de la misma.

³¹ LA CASA GARCÍA, R., *Responsabilidad y aportaciones no dinerarias...* op. cit. p. 112.

³² *Ibidem*, pp.112 y 113.

3. Controversias suscitadas a raíz de la transmisión de un establecimiento mercantil.

Para solventar jurídicamente las controversias suscitadas en una compraventa de establecimiento mercantil, es necesario analizar los derechos y obligaciones inherentes a cada parte, junto con las posibles obligaciones que asumen a tenor de la libertad contractual.

3.1. Transmisión de un establecimiento mercantil

Los establecimientos mercantiles son susceptibles de transmisión. Esta transmisión puede ser *inter vivos* o *mortis causa*. También puede ser directa, cuando el objeto de la transmisión es el establecimiento, o indirecta, cuando lo que se transmite son la totalidad de las acciones o de las participaciones en que se divide el capital social de una sociedad, cuyo patrimonio se encuentra constituido exclusiva o principalmente por uno o varios establecimientos.

En este caso, la transmisión del establecimiento mercantil, dedicado a arreglos textiles, se produce entre Soledad García, transmitente, y Teresa Medina, adquirente, en agosto de 2004. La transmisión de la titularidad del establecimiento se produce mediante una compraventa, por lo cual a través de una transmisión *inter vivos*, directa, de carácter voluntario y onerosa. A raíz del traspaso de la propiedad se suscitan una serie de controversias entre las partes debido a que ninguna de ellas reconoce su obligación de hacer frente a una deuda, contraída por la realización de unas obras en el establecimiento en mayo y junio de 2004, y al pago de las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación de dos trabajadoras que habían sido despedidas en agosto de 2004. Además, en noviembre de 2004, Soledad García abre un establecimiento dedicado a la confección textil en el mismo municipio, lo que repercute en la afluencia de clientela del establecimiento adquirido por Teresa Medina.

3.2. Pago de las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación de las trabajadoras

A. Subrogación del adquirente en los contratos firmados por el transmitente del establecimiento mercantil

En los casos de transmisión *inter vivos* de los establecimientos, es de especial importancia la cuestión relativa al tratamiento de los contratos concluidos por el empresario para la organización y para el funcionamiento de la empresa. Lo relevante aquí es determinar si estos contratos, que son indispensables para la continuidad y el buen funcionamiento del establecimiento, se transmiten al adquirente sin necesidad del consentimiento de la otra parte contractual o si, por el contrario, quedan sometidos a los principios generales en materia de cesión de contratos, los cuales impiden la sustitución *inter vivos* de cualquiera de las partes sin el consentimiento de la otra (artículo 1205 CC)³³.

La regla general es que el adquirente no se subroga en la posición contractual del transmitente, es decir, los contratos, junto con los derechos y obligaciones que contienen, no se transmiten con el establecimiento. Siendo necesario para la subrogación no sólo la voluntad expresa de las partes, sino también la conformidad de la persona o personas con las que hubiera contratado el titular del establecimiento. No obstante, esta regla tiene importantes excepciones. La primera de ellas es la subrogación convencional, es decir el acuerdo expreso entre las partes para la cesión del contrato de arrendamiento del local en el que se encuentra instalado el establecimiento. Así, el adquirente se subroga en la posición jurídica del arrendatario, sin necesidad de consentimiento del arrendador. La segunda de estas excepciones viene dada por los casos de subrogación legal, es decir, los supuestos en los que el

³³ MENÉNDEZ, A., ROJO A., *Lecciones de derecho mercantil Vol. I... op. cit.* p.105.

adquiriente queda subrogado *ex lege* en la posición jurídica del transmitente, con independencia de que así se hubiera previsto en el contrato o, incluso en contra de cualquier pacto que hubieran podido concluir las partes³⁴. Esto sucede en los contratos de trabajo y los contratos de seguro.

En relación con los contratos de trabajo, la transmisión del establecimiento no extingue la relación laboral de los trabajadores que presten sus servicios en dicho establecimiento. El adquirente queda subrogado *ope legis* en los derechos y obligaciones laborales del anterior titular, lo que se conoce como sucesión de empresa, en relación con lo establecido por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores³⁵. Este precepto dispone que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una “*entidad económica*” que mantenga su identidad, entendida como “*un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio*”. En este sentido son requisitos para considerar que existe sucesión empresarial:

1. La unidad productiva que se transmite ha de constituir un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotado de suficiente autonomía funcional.
2. La sucesión requiere una continuidad en la actividad y prestación de servicios.

La subrogación del adquirente en los contratos de trabajo también viene respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁶, entendiéndose que “el trabajador se vincula a la explotación en que presta servicios, cualquiera que sea su titular, y no al empresario que lo contrató, sea cual sea el negocio que este explote”. Se aplica el principio que, la doctrina civilística, ha llamado de conservación del negocio o de la continuidad del contrato de trabajo, con la finalidad de lograr la estabilidad en el empleo, poniéndolo a resguardo de cualquier negocio que pueda celebrar el empresario con terceros. La subrogación empresarial es una medida de defensa y garantía del empleo, que debe interpretarse de acuerdo con esa finalidad³⁷.

La subrogación implica un cambio en el empleador, pero este está obligado a que se mantengan las mismas condiciones laborales - salario, categoría, antigüedad, etc. - del contrato inicial. Es importante destacar que la subrogación nunca supone un nuevo contrato, por lo que si se pretendiera realizar cambios en las condiciones laborales y los trabajadores no estuviera de acuerdo con ellas se podría denunciar tal circunstancia. Por otro lado, la subrogación no supone la liquidación del contrato anterior en ningún caso. El trabajador no va a percibir indemnización alguna, y es que no se interrumpe la relación laboral en ningún momento y, en caso de posterior resolución de dicha relación laboral será el último empleador quien pague la totalidad de la indemnización que procediera, tanto del tiempo trabajado por el empleado antes de la subrogación como después.

B. Responsabilidad solidaria entre adquirente y transmitente en relación con las obligaciones laborales

En el supuesto, las dos trabajadoras son despedidas en agosto de 2004, momento en el que ya se ha producido la sucesión de empresa, debido a que desde ese mismo mes Teresa Medina es titular del establecimiento. A las trabajadoras les corresponden las indemnizaciones por despido y los salarios de tramitación, ya que el despido fue improcedente por no basarse en una causa objetiva. Los salarios de tramitación son los salarios que se dejan de recibir desde que el trabajador es despedido hasta la sentencia que resuelve que el despido fue improcedente o nulo, los cuales se recibían siempre en estos casos, antes

³⁴ *Ibidem*, p. 106.

³⁵ 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.

³⁶ Entre otras, las SSTs 3644/ 1989, de 19 de junio y 3765/1990, de 16 de mayo de 1990.

³⁷ SSTs 237/1997, de 20 de enero y 2512/1999, de 15 de abril.

de la reforma introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio³⁸. En el contrato de compraventa se incluyó una cláusula que establecía que *“en caso de que se exija el abono de indemnización a cualquier empleado, las mismas correrán a cargo del transmitente”*, en lo cual que se basa Teresa Medina para no hacer frente al importe exigido por las trabajadoras despedidas.

Como es conocido, en virtud del artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores, el transmitente y el adquirente responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hayan sido satisfechas, y ello incluso respecto de aquellos trabajadores a los que no alcance la sucesión de empresa. La responsabilidad se configura como solidaria, lo cual implica que se comparte entre las dos empresas en un plano de absoluta igualdad, pretendiéndose garantizar y salvaguardar los créditos del trabajador por transferirse los derechos y obligaciones adquiridos con la empresa originaria. La sucesión opera respecto de la totalidad de derechos y condiciones prestacionales del contrato de trabajo, por tanto, la solidaridad es predicable de cualquier débito que haya contraído la cedente, sea cual sea su naturaleza, es decir, deudas salariales o extrasalariales, como por ejemplo, salarios de tramitación, indemnizaciones por despido, interés por mora, etc. El plazo de tres años, ha de entenderse referido a las obligaciones no prescritas en el momento de la transmisión, puesto que las que ya lo estaban no recobran su vigor.

A pesar de lo mencionado, el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable en este supuesto. No se puede poner en duda la existencia de una sucesión de empresa, pero no se puede apreciar una responsabilidad solidaria, entre la empresa cedente y la cesionaria, derivada de las consecuencias económicas del despido. El caso reúne todos los requisitos para apreciar la transmisión del establecimiento, pero no es posible imponer a Soledad García la obligación de responder solidariamente de los efectos derivados del cese de las trabajadoras. No es aplicable el citado artículo 44.3 ET al entender que cuando este establece, como consecuencia de la cesión, la responsabilidad solidaria de transmitente y adquirente, es sólo respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar, concluyendo, por tanto, que únicamente la empresa cesionaria debe responder de las consecuencias de despedir a las dos trabajadoras. La cesión de empresa se realizó en agosto de 2004, momento en que ya era titular del establecimiento Teresa Medina, por lo que la responsabilidad solidaria por obligaciones anteriores no se extienden a las indemnizaciones por despido que pudieran surgir una vez consumada la cesión de empresa. Así, la única que debe responder por la indemnización derivada del despido es la actual empleadora.

La conclusión en este caso es que, de acuerdo con la interpretación de la sentencia del Tribunal Supremo de 8683/2007, de 21 de diciembre, la subrogación empresarial extinguió la relación laboral de las trabajadoras con la transmitente, siendo la adquirente, Teresa Medina, quien no las contrató. Por ello las consecuencias de su actuación, que debe ser calificada como despido improcedente, han de ser soportadas únicamente por la nueva adquirente, que es la única responsable, y que se convirtió en empleadora de las trabajadoras, no procediendo por tanto condenar Soledad García, ya que se trata de un supuesto distinto, no comprendido en el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores.

C. Aplicación de la cláusula contenida en el contrato de compraventa del establecimiento

Es necesario destacar que en el plano interno, es decir, en las relaciones entre transmitente y adquirente, es válido el pacto en el que se establece que en caso de transmisión del establecimiento, a título definitivo o a título limitado, que el transmitente correrá con las consecuencias económicas de la proyectada resolución de los contratos de trabajo por parte del adquirente, aunque, obviamente ese pacto

³⁸ La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introduce una nueva redacción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, el cual regula el despido improcedente, disponiendo que sólo en el caso de que se opte por la readmisión el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación.

no es oponible a los trabajadores afectados³⁹. En la contratación es muy importante el principio de autonomía de la voluntad o autonomía privada. El Código Civil establece la libertad de las partes para determinar libremente el contenido de los contratos en virtud del artículo 1255 CC, que dispone que “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”. Junto con este artículo, el 1091 CC establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Los trabajadoras despedidas han de reclamar los 8.500 euros que les adeudan, en concepto de indemnizaciones y salarios de tramitación, a Teresa Medina, ya que ella fue quien las despidió después de producida la cesión de empresa. En virtud de la cláusula introducida en el contrato de compraventa, Soledad García asumía el posible abono de indemnizaciones de los empleados, por ello Teresa puede reclamar contra ellas, por vía civil, el cumplimiento de esta obligación.

3.3. Pago de las deudas contraídas con anterioridad a la transmisión del establecimiento

La transmisión del establecimiento no implica la asunción, por parte del adquirente, de las deudas que el transmitente hubiera contraído para la organización o el funcionamiento del establecimiento que se transmite (artículo 1205 CC), como se dilucida de la interpretación de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1960. Tampoco se transmiten las deudas aunque con el establecimiento se transmita también el nombre comercial. Para que exista asunción liberatoria de las deudas no basta con que las partes lo pacten expresamente, sino que es necesario, además, el consentimiento del acreedor, el cual puede ser simultáneo o posterior a la transmisión del establecimiento.

A pesar de lo expuesto anteriormente, en algunos casos, con total independencia de lo que hubiera pactado las partes, a la responsabilidad del cedente se añade la responsabilidad del cesionario. Estos son supuestos de responsabilidad solidaria de origen legal. El sucesor en la titularidad del establecimiento, del que fuera titular un empresario individual o una sociedad mercantil, responde solidariamente con el anterior titular de ciertas deudas frente a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social⁴⁰, frente a los trabajadores y frente a las entidades aseguradoras.

En relación a la deuda contraída por la realización de unas obras en el establecimiento, en mayo y junio de 2004, y presentada la factura al cobro el 23 de diciembre de ese mismo año, Teresa no tiene que pagar la cantidad reclamada ya que no es la deudora a pesar de ser la nueva titular del establecimiento. La deuda fue contraída por Soledad García, que es quien ha de pagarla, debido a que no sólo no ha habido pacto expreso para la asunción de las deudas por la adquirente, sino que tampoco se ha obtenido el consentimiento del acreedor.

3.4. Obligaciones de las partes en la compraventa del establecimiento mercantil

En el contrato de compraventa de establecimiento mercantil, hay obligaciones para ambas partes. La obligación esencial del comprador es la de pagar el precio. Las obligaciones fundamentales que corren

³⁹ MENÉNDEZ, A., ROJO A., *Lecciones de derecho mercantil Vol. I... op. cit.* p.107.

⁴⁰ El artículo 72 de la Ley General Tributaria prevé que las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, sociedades y entidades jurídicas, serán exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad.

a cargo del vendedor son la entrega del establecimiento y la obligación de saneamiento por evicción y por vicios ocultos (artículo 1474 y ss. CC).

La obligación de entrega del vendedor no se agota con la entrega o puesta a disposición de los distintos elementos integrantes del establecimiento, sino que comprende también la obligación de situar al adquirente en condiciones de utilizar y explotar esa organización y el crédito del establecimiento respecto de la clientela. Por ello, las obligaciones del vendedor se configuran, por un lado, como obligaciones de hacer, ya que tiene el deber de informar al comprador sobre la organización interna del establecimiento y de sus posibilidades de actuación en el mercado; y por otro lado, como obligaciones de no hacer, al deber de abstenerse de realizar actos que ocasionen o sean susceptibles de ocasionar una captación de la clientela.

Sobre el vendedor pesa, pues, la obligación de no competencia, como medio indirecto para no destruir la organización y la clientela. Aunque la compraventa de empresa carece de regulación en nuestro Derecho, no se puede poner en duda que el pacto de prohibición de competencia integra dicho contrato de conformidad con los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio. No obstante, esta obligación tiene sus límites. La obligación de no competencia no puede ser entendida en términos tan amplios que prácticamente impidan al transmitente toda posibilidad de actuación comercial. Por ello se han establecido tres tipos de límites: objetivo, geográfico y temporal. En virtud del primero, el vendedor no puede ejercer actividad empresarial del mismo o análogo género que la constituye el giro y tráfico del establecimiento vendido. En virtud del límite geográfico, el vendedor puede abrir un establecimiento o continuar la explotación del que la disponía en un municipio distinto a aquel en que radica el establecimiento enajenado. Y, por último, el límite temporal significa que esta prohibición de competencia desaparece una vez que haya transcurrido el tiempo prudencial necesario (que será distinto en cada caso) para que el comprador consolide la clientela, haya o no obtenido este resultado. Por excepción, existirán supuestos en que esta obligación negativa del vendedor haya sido excluida expresamente por las partes o en los que, por distintas circunstancias, no resulte exigible al vendedor (así sucede cuando este sea titular de varios establecimientos en la misma localidad dedicados al mismo giro u tráfico del establecimiento que vende, y así sucede también en los casos de transmisión forzosa)⁴¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo defiende la obligación que pesa sobre el transmitente de una empresa, al interpretar en sus sentencias que éste debe desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso y en el espacio o territorio en el que el transmitente desarrollaba su actividad, incluso si ello comporta una imposibilidad temporal de competir en determinados nichos del mercado. Más aun, como apunta la moderna doctrina, en estos supuestos, la transmisión de la empresa supone, por un lado, mantener en el mercado la situación competitiva desplegada antes por el transmitente y a raíz de la transmisión por el adquirente, que en otro caso no habría adquirido y, por otro lado, permite que el transmitente, una vez transcurrido el tiempo pactado, pueda desembarcar en el mercado y competir con el adquirente, lo que permite calificar las de cláusulas de no competencia aparentemente restrictivas, que se vuelven procompetitivas a medio y largo plazo.

El pacto de no competencia puede ser incluido por las partes en el contrato de compraventa del establecimiento mercantil, pero en caso de no establecer nada al respecto, el Tribunal Supremo en su sentencia 6360/2012, de 18 de mayo, dictamina que “las cláusulas de prohibición de competencia no tienen que estar expresamente pactadas por las partes en las ventas de empresas, pues pueden llegar a entenderse exigibles al amparo de los deberes de buena fe”. Esta obligación resulta exigible incluso cuando no haya sido expresamente pactada al amparo de lo que disponen los artículos 1258 CC y 57 de C. de C. El pronunciamiento del TS en la sentencia de 18 de mayo de 2012 viene a dar la razón a la Audiencia Provincial de Barcelona que ya se había manifestado a favor de esta tesis, al sostener que de no establecerse por las partes un pacto de no competencia en un contrato de venta de empresa, “habrá de suponerse implícito en la compraventa” (SAP de Barcelona 4772/1989, de 22 de junio).

⁴¹ MENÉNDEZ, A., ROJO A., *Lecciones de derecho mercantil Vol. I... op. cit.* p. 115.

Además, con esta solución el Tribunal Supremos confirma la interpretación defendida por un sector de la doctrina mercantilista, partidario de entender que, el fundamento normativo de esta obligación de no competencia es la buena fe. En rigor, su fundamento jurídico hay que situarlo tanto en la buena fe contractual (*ex* artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio), pues los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que sean conformes con la buena fe; como en la extracontractual (*ex* artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal), ya que la conducta de un vendedor de empresa de hacer competencia al comprador ha de categorizarse como un acto de competencia objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Por consiguiente, una conducta como la descrita en es supuesto, esto es, infractora de la prohibición de no competir, merecería la consideración de ilícito por partida doble. Por un lado, la conducta de Soledad García se trataría de un ilícito contractual (*ex* arts. 1258 y 57 Códigos Civil y de Comercio) que, de verificarse, facultaría a la contraparte, Teresa Medina, a ejercitar una acción de resolución por incumplimiento de contrato o a pedir la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios causados. Por otro lado, constituiría un ilícito de deslealtad (*ex* art. 4 LCD), por suponer un abuso del derecho a la libertad de empresa que, en cuanto que 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).

4. Posibilidades para declarar los acuerdos sociales nulos, así como los medios de que disponen los socios disconformes para actuar contra los administradores.

Para dar respuesta a esta cuestión hay que hacer referencia a las formas de adopción de acuerdos en las sociedades limitadas, los derechos de los socios y las obligaciones de los administradores. También es necesario referirse a la modificación introducida por la Ley 31/2014, así como a los diferentes medios de actuación y acciones que los socios disconformes pueden ejercitar para la defensa de sus derechos.

4.1. Junta General Ordinaria

La Junta General es el órgano de formación y expresión de la voluntad social, cuyas decisiones obligan a los administradores y a todos los socios, incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en la junta (artículo 159 LSC)⁴². Existen Juntas que han de celebrarse por obligación legal y con carácter periódico, son las Juntas Ordinarias, y otras que por el contrario pueden ser convocadas por iniciativa de la sociedad o de los socios, son las Juntas extraordinarias.

En este supuesto la Junta General Ordinaria tiene lugar el día 15 de junio de 2015. Dado que las cuentas anuales deben someterse al conocimiento y aprobación de la Junta General (artículo 272.1 LSC), la Ley obliga a celebrar una Junta Ordinaria a tal efecto, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio social (artículo 164 LSC), para aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. La convocatoria se realiza por el Presidente del Consejo de Administración, Don Gonzalo de Ulloa, dentro del plazo legalmente previsto. A la Junta acuden todos los socios, la Ley de Sociedades de Capital no regula expresamente unos quórum de asistencia, no obstante, en los artículos 179 y 180, establece que todos los socios de una sociedad de responsabilidad limitada tienen el derecho de asistir a la Junta General –pero no están obligados a hacerlo–, sin que se pueda exigirse la titularidad de un número mínimo de participaciones. Los administradores tienen la obligación de asistir a las Juntas Generales. En virtud de esto, la Junta estaría bien constituida, si a ella también acude el Presidente del Consejo de Administración –Gonzalo de Ulloa–, el cual no es socio, ya que los otros dos miembros del Consejo son los socios Daniel y Teresa.

Como es conocido, la Ley de Sociedades de Capital exige con carácter general, para la adopción de cualquier acuerdo en las sociedades limitadas, el respaldo de determinadas mayorías de los votos, habiendo de estar representados un determinado número de socios. Los artículos 198 y 199 LSC imponen distintas mayorías para las diversas clases de acuerdos. Por ello, aunque no se establezca ningún quórum de constitución de la Junta General, esta sólo podrá celebrarse cuando asistan socios que sean titulares de participaciones que atribuyan el número de votos exigidos por la Ley para adoptar el acuerdo de que se trate. Cabría decir, entonces, que las mayorías de voto operan a modo de quórum de asistencia, ya que sólo cuando concurren aquellas podrá la Junta tomar acuerdos y, por tanto, celebrarse válidamente. Estos porcentajes legales de votos tienen un carácter mínimo y pueden ser reforzados estatutariamente para todos o sólo para determinados acuerdos, pero siempre sin llegar a la unanimidad (artículo 200.1 LSC). Además, también es posible que los estatutos exijan una mayoría personal, de forma que para adoptar los acuerdos sea necesario el voto favorable de un determinado número de socios (artículo 200.2 LSC). Para la aprobación de las cuentas anuales, el informe de gestión y aplicación del resultado, y la aprobación de la gestión social del Consejo de Administración, no es necesario la mayoría legal reforzada contenida en el artículo 199 LSC, por lo que es de aplicación lo establecido en el artículo 198 LSC, que exige una mayoría ordinaria de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divide el capital social, sin contar los votos en blanco.

En la Junta General del 15 de junio se aprobaron todos los acuerdos que formaban parte del orden del día, habiendo votado en contra los socios Alejandro e Inmaculada. Al ser cinco socios, cada uno de

⁴² MENÉNDEZ, A., ROJO A., *Lecciones de derecho mercantil Vol. II... op. cit.* p. 374.

ellos representa el veinte por ciento del capital social. Como no se dice nada en el supuesto, es de entender que no hay participaciones sin voto, por lo que, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto (artículo 188 LSC). Para la aprobación de los acuerdos por medio de mayoría ordinaria son necesarios dos requisitos: de un lado, la mayoría de votos legalmente emitidos, de otro, que estos representen un tercio de los correspondientes a las participaciones en las que se divide el capital social. Como los socios Alejandro e Inmaculada votaron en contra, se sobreentiende que Daniel y Teresa –miembros del Consejo de Administración– votaron a favor. Adrián también tuvo que votar a favor para que pudiera ser posible la aprobación de los acuerdos sociales, ya que con su voto en contra serían mayoría los votos negativos, y si se abstiene habría el mismo número de votos a favor y en contra, ya que los votos en blanco no se computan. Por ello, es necesario el posicionamiento a favor de los tres socios, Alejandro, Inmaculada y Adrián, para la aprobación de los acuerdos sociales. Dado que en la Junta General estaba representado el cien por cien del capital social, estos tres socios contaban con el sesenta por ciento de los votos, siendo la mayoría ordinaria necesaria para la aprobación de las cuentas anuales, el informe de gestión y aplicación del resultado, y la aprobación de la gestión social del Consejo de Administración.

4.2. Derecho de información

Con anterioridad a la celebración de la Junta, concretamente 6 días antes, los socios Alejandro e Inmaculada solicitaron el detalle de las partidas de ingresos que figuran en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio del año 2014, que forma parte de las cuentas anuales, la cual iba a ser objeto de aprobación en la Junta. Ambos reciben, dos días después de la solicitud, la respuesta del Presidente del Consejo de Administración, denegando esa información, argumentando que es confidencial y su publicidad podría ocasionar perjuicios para la sociedad.

En las sociedades de capital, tanto en la anónima como la limitada, los socios disponen de un derecho de información en relación con los asuntos que se van a someter a decisión en la Junta. Este derecho les permite recabar los elementos de juicio necesarios para poder ejercitar su derecho de voto de forma reflexiva y, en general, para tener un conocimiento preciso de la marcha de la sociedad (artículo 196 LSC). El derecho de información puede ejercitarse por escrito y con anterioridad a la reunión de la junta (desde el día de su convocatoria y hasta su constitución) o verbalmente durante la misma, operando, en términos generales, como un simple derecho de pregunta, ya que en principio sólo permite solicitar aclaraciones o informaciones sobre los asuntos incluidos en el orden del día. Los administradores de la sociedad tienen la obligación de proporcionar la información solicitada, en la forma adecuada acorde con el momento y naturaleza de esta. No obstante, tienen la facultad de denegar esta información cuando consideren que la publicidad de lo solicitado puede perjudicar los intereses sociales. La ley no contempla ninguna otra excepción al derecho de información del socio, sin embargo, tanto la doctrina⁴³ como la jurisprudencia, han entendido que la utilización del derecho de información no permite a los socios solicitar información desproporcionada, injustificada o con fines particulares que excedan de la información estrictamente necesaria para el ejercicio de su derecho de voto, entendiéndose tales como un abuso del derecho (artículo 7 CC)⁴⁴. Aún así, estas excepciones no procederán cuando la solicitud provenga de socios que representen al menos la cuarta parte del capital social, o el porcentaje menor que puedan fijar los estatutos, siempre que sea superior al cinco por ciento (artículo 197.4 LSC), entendiéndose que ha de prevalecer el derecho a la información sobre el posible perjuicio social.

Debe tenerse en cuenta, que este derecho de información amplía su contenido en relación con determinados asuntos, como son la aprobación de las cuentas anuales, la modificación de los estatutos o

⁴³ PULIDO BEGINES, J. L., *El derecho de información del socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Civitas, Madrid, 1997, p. 64.

⁴⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a. T., *El derecho de información del accionista en la Sociedad Anónima*, McGrawHill, Madrid, 1999, p. 417.

las modificaciones estructurales. Dado que las cuentas anuales reflejan la situación económica y los resultados obtenidos por la sociedad en un determinado ejercicio, los socios han de tener la posibilidad de valorarlas adecuadamente, tomando así, una decisión reflexiva e informada sobre ellas. Por ello, la Ley de Sociedades de Capital atribuye a los socios un derecho de información reforzado en relación con el ordinario o general contenido en el artículo 196 LSC. Este derecho de información reforzado, en relación con la aprobación de las cuentas anuales, aparece recogido en el artículo 272.2 LSC. En virtud de este precepto cualquier socio tiene el derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, una copia de los documentos que deben someterse a la aprobación de la Junta, incluyendo, en su caso, el informe de gestión y el informe de los auditores de cuentas. Además para reforzar la efectividad práctica de este derecho, debe mencionarse expresamente en el anuncio de la convocatoria de la Junta. Este derecho faculta a los socios a realizar un examen directo y personal de las cuentas anuales, pero además, de acuerdo con el régimen ordinario del derecho de información (artículo 196 LSC), podrá solicitar también las aclaraciones o informaciones adicionales que estime oportunas en relación con los documentos presentados, antes de la reunión de la Junta o durante la misma. Según una constante jurisprudencia⁴⁵, la violación de este derecho es motivo de nulidad del eventual acuerdo de aprobación de las cuentas anuales.

Junto con este derecho, en las sociedades de responsabilidad limitada, los socios que represente al menos el cinco por ciento del capital social tienen el derecho de examinar directamente –por sí o en unión de un experto contable–, todos documentos que sirvan de soporte y de antecedente a las cuentas anuales, con el fin de comprobar la corrección y la veracidad de éstas (artículo 272.3 LSC), siempre salvo disposición contraria de los estatutos, es decir, este derecho no se establece de forma imperativa. Por lo cual, en la sociedad limitada, los socios pueden acceder por sí mismos de forma directa a todos los documentos y antecedentes que justifican y respaldan los resultados reflejados en las cuentas anuales. En todo caso, este derecho es independiente del derecho a solicitar por parte del registrador mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para que revise las cuentas de un ejercicio social, aunque ambos se complementan.

En el supuesto no se hace referencia a la limitación de este derecho en los estatutos de la sociedad limitada “Tu Piel”, por lo que se presupone que en virtud del artículo 272.3 LSC, Alejandro e Inmaculada gozan de este derecho, tanto conjuntamente como por separado (ya que representan cada uno el veinte por ciento del capital social). Los administradores están obligados a proporcionar la información que solicitan acerca de las partidas de ingresos, ya que la literalidad de mencionado artículo abarca “*los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales*”, entrando en este supuesto la información que solicitan, ya que las partidas de ingresos, que figuran en la cuenta de pérdidas y ganancias, forman parte de las cuentas anuales.

4.3. Impugnación de los acuerdos sociales

El carácter soberano de la Junta General, junto con la sumisión de los socios al voto de la mayoría, no hacen incompatible la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales, a fin de garantizar un control judicial de su adecuación al régimen legal y estatutario y de su conformidad con el interés social.

A. Modificaciones introducidas por la Ley 31/2014

Una de las reformas más significativas que ha introducido 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, es la relativa al régimen de impugnación de acuerdos sociales. Esta ley introduce una nueva denominación, «acuerdos

⁴⁵ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 204/2011, de 21 de marzo.

impugnables», abandonando la terminología empleada hasta entonces de acuerdos nulos y anulables. La cláusula general de impugnación de los acuerdos sociales aparece recogida en el nuevo artículo 204.1 LSC: “*Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”. Como se ha mencionado, en esta modificación de la LSC, se prescinde de la distinción entre acuerdos nulos y anulables, sustituyéndola por una sola categoría de acuerdos, denominados impugnables, dentro de la que quedarían recogidos los denominados hasta ahora como nulos (acuerdos contrarios a la ley) y anulables (acuerdos contrarios a los estatutos y al interés social). Así, al existir ahora una sola categoría de acuerdos impugnables, se unifica el régimen relativo a la legitimación activa y a la caducidad, siendo ahora igual para todos los casos, salvo los acuerdos contrarios al orden público, los cuales siguen siendo una excepción, al ser imprescriptibles y tener una legitimación activa más amplia. La reforma pretende configurar la impugnación de acuerdos como “una institución en cierto modo autónoma e independiente del régimen común de nulidad de los actos y negocios jurídicos” unificando “todos los casos de impugnación bajo un régimen especial de anulación para el que se prevé un plazo de caducidad de un año” con la única excepción de los acuerdos contrarios al orden público, que serían los “verdadera o radicalmente nulos”⁴⁶.

En relación con la invalidez e ineficacia de los acuerdos impugnables, hay que resaltar que la regulación de la impugnación de los acuerdos sociales, sustituyendo los acuerdos nulos y anulables, no ha introducido cambios trascendentales en su régimen jurídico ni en su figura. En consecuencia, la introducción de la categoría de acuerdos impugnables no supone el abandono del concepto de invalidez como sustrato que explica la impugnabilidad y, en su caso, privación de efectos, de determinados acuerdos sociales⁴⁷. La invalidez, entendida como desajuste entre el acuerdo sociales y el marco jurídico que limita la actuación de los órganos sociales (constituido por la legalidad, los estatutos y el respecto a ciertas obligaciones legales, como la primacía del interés social), es el elemento común de todos los acuerdo impugnables, en el cual se basa la LSC para que puedan ser impugnados y privados de eficacia por los Tribunales⁴⁸.

B. La impugnabilidad de los acuerdos sociales por defectos informativos

Uno de los aspectos más llamativos de la reforma del régimen de impugnación de los acuerdos sociales, introducida por la Ley 31/2014, es el tratamiento de la posible violación del derecho de información de los socios, como motivo para impugnar los acuerdos de la junta general. La posibilidad de que prospere una acción impugnatoria, con base en la infracción del derecho de información, se ve considerablemente restringida como consecuencia de la reforma.

En primer lugar, hay que destacar que el derecho de información de los socios en la sociedad de responsabilidad limitada, contenido en el artículo 196 LSC, no se ha visto alterado tras la reforma. Tampoco hay modificación del derecho de los socios a examinar la información documental preparatoria de la junta, la cual debe ser formulada y hecha accesible a los socios, como consecuencia de deberes informativos de origen legal. Estas exigencias informativas, relativas a los acuerdos que competen a la Junta General Ordinaria, aparecen en el artículo 272 LSC, que dispone que cualquier socio podrá obtener de la sociedad los documentos que han de ser sometidos a aprobación en la junta general, así como el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. Esto tiene como objeto hacer efectivo el criterio de transparencia en la gestión y poner a los socios en las condiciones idóneas para adoptar en la junta general los acuerdos correspondientes.

⁴⁶ COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas o modificaciones normativas*, pp. 28 y 29. http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf

⁴⁷ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 129.

⁴⁸ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Aranzadi, 2014, p. 132.

En segundo lugar, hay que hablar de los motivos de inimpugnabilidad, es decir, los motivos por los que resulta improcedente la impugnación, los cuales si se han visto modificados por la Ley 31/2014. Conforme al artículo 204.3 b), no procederá la impugnación de acuerdos basada en “*la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta*”, exceptuándose los casos en que dicha “*información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación*”. Este artículo es aplicable sólo al derecho de información ejercitado por escrito y antes de la junta general, pero sólo parece abarcar los supuestos en los que si hay un aporte de información siendo esta incorrecta o incompleta, no comprendiéndose en el supuesto los casos en que la violación del derecho de información proceda de la negativa rotunda a infirmar, por parte de los administradores, que no pueda ampararse en un motivo legítimo.

4.4. Posibilidad de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en virtud de la vulneración del derecho de información

En la Junta General Ordinaria, celebrada el 15 de junio de 2015, se adoptan dos acuerdos diferentes –por un lado, la aprobación de las cuentas anuales del año 2014, informe de gestión y aplicación del resultado; y por otro lado, la aprobación de la gestión social del Consejo de Administración de ese mismo ejercicio–, que son votados de manera separada y que han de ser impugnados independientemente, ya que la ineficacia de uno de los acuerdos no afecta al otro.

Los socios disconformes, Alejandro e Inmaculada, pretenden la impugnación de todos los acuerdos adoptados en dicha Junta General, y como esta ha sido convocada y constituida siguiendo todos los procedimientos establecidos no se podría pedir la nulidad de la Junta. Por ello, es necesario impugnar los dos acuerdos aprobados, pero el que hayan de ser impugnados independiente no implica que no pueda pedirse su ineficacia basándose en un mismo motivo. La vulneración del derecho de información de los socios, en relación con la obtención por parte de la sociedad de las partidas de ingresos que figura en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio del año 2014, es el motivo en el que han de fundar sus pretensiones. El derecho de información otorga a los socios una doble facultad: por un lado, poder obtener una copia de los documentos contables que se someten a aprobación de la Junta y, por otro, examinar los soportes documentales de tal contabilidad. El socio puede necesitar conocer algunos datos contables sin los cuales no es posible valorar la corrección de los datos globales recogidos en las cuentas anuales sometidas a aprobación. Y es legítimo que en ocasiones los socios pidan conocer los documentos contables, en un sentido amplio, que incluye documentos bancarios y fiscales, que soportan tales datos y cifras e informan sobre aspectos relevantes de la marcha de la sociedad y la gestión de los administradores.

El Tribunal Supremo en su sentencia 741/2012, de 13 de diciembre, ha afirmado que el examen y aprobación de las cuentas anuales y de la gestión de los administradores no pueda quedar constreñida exclusivamente a datos relacionados directamente con “los números de la contabilidad, hurtando a los socios datos conexos, razonablemente precisos para poder desplegar cierto control de la forma de gestionarla y del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad”, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación y en el informe de gestión y, en su caso, proponer que se demanden las responsabilidades procedentes.

El conocimiento de determinados documentos de la sociedad puede ser necesario para decidir sobre la aprobación de las cuentas anuales, sobre la censura de la gestión social y para que los socios adopten otras decisiones relativas a su condición. Por eso el Tribunal Supremo, en sus sentencias, ha apreciado con flexibilidad que existen situaciones en las que debe permitirse al socio el examen de documentos contables distintos de los previstos en el artículo 272.2 de la Ley de sociedades de capital. Junto con esta argumentación el artículo 272.3 LSC les permite a Alejandro e Inmaculada solicitar todos

documentos que sirvan de soporte y de antecedente a las cuentas anuales, con el fin de comprobar la corrección y la veracidad de éstas. Hay que resaltar que en este caso el derecho de información tiene carácter esencial y sustancial, que resulta reforzado cuando quien lo ejerce tiene el cuarenta por ciento del capital social (Alejandro e Inmaculada conjuntamente), y que la solicitud de información de las partidas de ingresos que figura en las cuenta de pérdidas y ganancias, que forma parte de las cuentas anuales que deben ser aprobadas en la Junta, no constituye un abuso del ejercicio del derecho de información, por lo que al menos los administradores sociales debían dar alguna explicación de por qué su exhibición puede causar perjuicio a los intereses sociales.

Es por ello, y en virtud de la inobservancia del derecho de información de los socios, que es posible impugnar el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión y aplicación de resultado. El acuerdo de aprobación de la gestión del Consejo de Administración también puede impugnarse alegando la infracción del derecho de información, ya que mediante los documentos solicitados por los socios es posible conocer el estado de la empresa y la gestión, correcta o no, de los administradores.

A. Legitimación activa y plazos de caducidad

Con la nueva redacción de la Ley de Sociedades de Capital, la legitimación activa ha cambiado sustancialmente, distinguiéndose ahora según se trate de impugnar la generalidad de acuerdos (artículo 206.1 LSC) o de los contrarios al orden público (artículo 206.2 LSC). En este caso tiene cabida dentro del primer supuesto, en el que el artículo 206.1 LSC reconoce tres grupos de sujetos legitimados. En orden, reconoce en primer lugar a cualquiera de los administradores, en segundo término a los terceros que acrediten un interés legítimo y por último a los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por cien del capital.

El primer requisito para la impugnación de los acuerdos sociales por parte de los socios, es justamente, ostentar la condición de socio. Hay que examinar si tiene la condición de socio tanto en la fecha de adopción del acuerdo como en la de presentación de la demanda. En segundo lugar se exige, que el impugnante ha de poseer el derecho político de impugnación, es decir, no ha de tener suspendidos todos los derechos de las participaciones. Y por último, hay que comprobar si el impugnante o impugnantes ostentan al menos el uno por ciento del capital social, siempre que los estatutos sociales no hubieran reducido estos porcentajes.

Después de la reforma ya no es necesario que el impugnante asistiera a la reunión y hubiera hecho constar en acta de la junta su oposición al acuerdo⁴⁹. Sin embargo, esto no da por hecho que los socios que hubieran votado a favor de un acuerdo puedan después impugnarlo. Se entiende que la colaboración en la adopción de un acuerdo para, más adelante, proceder a su impugnación es un ejercicio del derecho contrario a la buena fe, contrario a los artículos 7 de Código Civil, 57 del Código de Comercio y 11.2 Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto a la caducidad de la acción, al suprimirse la distinción entre acuerdos nulos y anulables nos encontramos con sólo un plazo, de un año contado desde la fecha de la adopción del acuerdo o desde la fecha de oponibilidad de la inscripción, si el acuerdo es inscribible (artículo 205 LSC). De esta regla general, se exceptúan los acuerdos contrarios al orden público, ya que respecto a ellos la acción ni prescribe ni caduca. El plazo ya no está señalado en días, que deberá computarse de fecha a fecha de conformidad con el artículo 5.1 CC. Cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente la

⁴⁹ Antes de la reforma, la STS 521/2010, de 23 de julio, establece que “[...] debe tenerse en cuenta que la infracción del derecho a la información constituye una causa de nulidad de los acuerdos con él relacionados, y que, a diferencia de las causas de anulabilidad, no requiere la oposición expresa hecha constar en el acta a efectos de legitimar para la impugnación del acuerdo...”.

inicial del computo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. La fecha de referencia que se toma para computar el plazo de caducidad de la acción es, como regla general, desde la fecha de la adopción del acuerdo en la junta de socios, con independencia de que aun no surta efectos, o no se pueda ejecutar por falta de aprobación de actas o otras circunstancias.

B. Normas procesales y medidas cautelares

Desde el punto de vista procesal, las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales se tramitan de acuerdo con las reglas del juicio ordinario (artículos 207 LSC y 249.3º LEC). La Ley de Enjuiciamiento Civil incluye algunas medidas cautelares específicas para estos procesos: la anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil (artículo 727 apartados 5 y 6 LEC) y la suspensión de los acuerdos impugnados cuando los demandantes representen el cinco por ciento del capital social (artículo 727.10ª LEC). La anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil tiene como objeto advertir a los terceros de la pendencia de la litis, sin que impida, por ejemplo, la inscripción de los acuerdos impugnados. La suspensión cautelar tiene como finalidad evitar la eficacia del acuerdo que se pretende impugnar, mediante la conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio, debiendo actuar la sociedad y sus órganos como si el acuerdo adoptado no fuera válido.

Alejandro e Inmaculada están ambos legitimados para impugnar los acuerdos sociales adoptados en la Junta General Ordinaria de 15 de junio de 2015, mediante demanda de juicio ordinario (ver ANEXO IV), a fin de que se declare la nulidad e ineficacia de la aprobación de las cuentas anuales correspondiente al ejercicio 2014 y aprobación de la gestión social durante el mismo ejercicio, revocando tales acuerdos por haber sido adoptados con abuso de derecho por la mayoría y sin haber dado lugar al preceptivo trámite del derecho de información solicitado sobre las partidas componentes de las cuentas que se debían aprobar en la Junta.

4.5. Compatibilidad entre la impugnación de acuerdos sociales y la acción social de responsabilidad

Junto con la acción de impugnación de los acuerdos sociales, la LSC también regula, de forma separada, la posibilidad del ejercicio de la acción social de responsabilidad. Por ello, si un socio estima que se ha vulnerado o privado su derecho de información, podrá, al amparo del artículo 206 LSC, instar la impugnación de los acuerdos adoptados, así como ejercitar la acción social de responsabilidad contenida en el artículo 238 LSC⁵⁰.

Los administradores se encuentran sometidos a un peculiar régimen de responsabilidad, de carácter civil, el cual busca el resarcimiento de los daños patrimoniales que puedan derivarse de su actuación incorrecta o negligente. La responsabilidad de los administradores se vincula a los daños que causen con su conducta contraria a la Ley o a los estatutos, pero también a cualquier acto realizado incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo (artículo 236.1 LSC). La Ley les impone la exigencia ineludible de anteponer los intereses de los socios a los suyos propios (artículos 225.1 y 226 LSC). Así, cualquier incumplimiento por los administradores de este deber diligencia, mediante actos abusivos o negligentes dentro de sus competencias, generará la obligación de resarcimiento por los daños patrimoniales que causados. La Ley declara la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración que realizó o adoptó el acuerdo lesivo, salvo que prueben la concurrencia de una causa legal de exoneración, contenidas en el artículo 237 LSC, debiendo acreditar que desconocían la existencia del acto, que se opusieron expresamente a él o que hicieron todo lo conveniente para evitar el daño. Esto no equivale a instaurar una responsabilidad colectividad que recaiga sobre el órgano de administración

⁵⁰ PULIDO BEGINES, J. L., *El derecho de información del socio...*, op. cit. p. 41.

como tal, pues la responsabilidad tiene un carácter personal y debe individualizarse para cada uno de los administradores, pero inicialmente se presume que todos son igualmente culpables mientras no prueben la concurrencia de alguna de las causas de exoneración legalmente previstas.

La Ley 31/2014, ha introducido modificaciones en lo relativo a la responsabilidad de los administradores y las acciones, tanto social e individual, que se pueden ejercer. Cuando sea la sociedad la que padezca las consecuencias lesivas de la conducta negligente o dolosa de los administradores, tiene cabida el ejercicio de la acción social de responsabilidad contenida en el artículo 238 LSC, que tiene por objeto la protección y defensa del patrimonio de la sociedad mediante el resarcimiento del daño sufrido. La acción individual de responsabilidad permite a los socios y acreedores el resarcimiento de los daños causados por los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses, en este caso el perjudicado reclama para sí (no para la sociedad) la indemnización del daño sufrido directamente en el patrimonio.

En este caso el daño es sufrido por la sociedad “Tu Piel”, debido al perjuicio patrimonial que supone el alquiler de la mitad del almacén por la nimia cantidad de 100 euros, por lo que se ha de ejercitar la acción social de responsabilidad. La legitimación activa para el ejercicio de la acción social de responsabilidad aparece atribuida en el primer lugar a la sociedad, que puede decidir entablarla mediante un acuerdo de la Junta General. Subsidiariamente, la legitimación se le atribuye a los socios, como titulares de un interés indirecto en la defensa del patrimonio social. Así, el socio o socios que represente al menos el cinco por ciento del capital social pueden ejercitar por sí mismos la acción social de responsabilidad cuando no lo haga la propia sociedad tras el rechazo de la Junta, o incluso sin instar a la Junta si la acción se debe al incumplimiento del deber de lealtad de los administradores (artículo 239 LSC).

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, es de cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse. No tiene relevancia la adopción, autorización o ratificación del acto o acuerdo lesivo por la Junta General (artículo 236.2 LSC), como tampoco es causa de exoneración la aprobación de las cuentas generales para impedir el ejercicio de la acción social de responsabilidad (artículo 238.4 LSC). Se evita así que los administradores puedan intentar descargar su responsabilidad a través de un acuerdos expreso o tácito de exoneración de la Junta.

4.6. Tutela penal del derecho de información de los socios

Como es conocido, no todos los derechos de los socios están protegidos exclusivamente por el Derecho Mercantil, ciertas transgresiones, por su relevancia, son merecedores de tutela penal. A pesar de que los preceptos del vigente Código Penal no están orientados a proteger directa y sustancialmente el derecho de información del socio, la infracción del deber de información o, facilitada ésta, de forma incompleta o falsa, puede comportar infracción en el orden penal, siendo los administradores societarios individualmente considerados, como componentes del órgano de administración, los sujetos activos de delito societario.

Contemplado bajo la rúbrica “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” del Título XIII, Capítulo XIII, “De los delitos societarios”, así el artículo 290 del Código Penal se refiere al falseamiento de las cuentas anuales y otros documentos que impidan reflejar la imagen fiel de la sociedad⁵¹. El bien jurídico que se protege es la seguridad y confianza de los socios, asegurando que la documentación aportada por los administradores refleja correctamente la situación económica y jurídica

⁵¹ Concepto de documento contenido en el artículo 26 del Código Penal: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.”

de la sociedad. Asimismo, el artículo 293 CP es denominado como un delito de negación o impedimento de los derechos sociales y determina que, incurrirán en delito los administradores que obstaculicen o impidan, sin causa legal, a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, entre otros. El bien jurídico protegido en este tipo son los derechos político-personales del socio. En cualquier caso, nos encontramos ante supuestos de “norma penal en blanco”, lo que implica que para determinar su contenido, la antijuridicidad del tipo, se deberá acudir a las normas extrapenales civiles o mercantiles para entender menoscabados punibles de los derechos fundamentales del socio, quedando su posible vulneración a criterio de los tribunales.

En la sentencia del Tribunal Supremo 91/2013, de 1 de febrero, se hace una interpretación restrictiva de los derechos protegidos en el artículo 293 del Código Penal, ajustada a los principios que informan el derecho penal, la cual ha sido recalcada en numerosa jurisprudencia. Hace alusión a las conductas abarcadas por el tipo penal previsto en el artículo 293 CP, las cuales no pueden ser definidas a partir de un automatismo en la penalización de todo aquello que no se ajuste a las exigencias del derecho mercantil, sobre todo, cuando éste conoce mecanismos de reparación igual de eficaces y, lo que es más importante, sin los efectos añadidos que son propios de toda condena penal. Por ello, está fuera de dudas que sólo se protege por el derecho penal las formas más graves de obstaculización de estos derechos, limitándose a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de los derechos básicos de los socios, para diferenciarlos de los supuestos en que los que se han atendido estos derechos pero de una manera insuficiente, los cuales están reservados al ámbito mercantil. En definitiva, en la restricción debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto, de la conducta típica y del elemento normativo «sin causa legal».

La STS 933/2010, de 22 de octubre, hace referencia al derecho de información en los términos regulados por el vigente RDL 1/2010, de 7 de julio, por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital. En su artículo 93 d) consagra el derecho de información de los socios y en el artículo 196 reconoce el derecho general o ordinario de información de los socios, que ve reforzado su contenido con el artículo 272 LSC, en relación con la aprobación de las cuentas anuales, por el que cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación en la Junta. A ello se suma el derecho del socio o socios, que representen al menos el cinco por ciento del capital, de examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales. Se trata de un doble derecho, por un lado obtener copia de los documentos contables que se someten a aprobación y, por otro, examinar los soportes documentales de tal contabilidad.

Tratándose del derecho de información cuando se somete a la Junta la aprobación de las cuentas anuales, como apunta la sentencia del Tribunal Supremo 204/2011, de 21 de marzo, el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital impone una información documental mínima que debe ponerse a disposición de los socios. No obstante, el derecho de información no se limita al simple examen de los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, sino que, además de tener derecho a examinar y obtener los documentos requeridos por la legislación societaria y contable, podrán solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas para controlar las cuentas y la gestión del órgano de administración, teniendo específicamente el derecho a requerir detalles de las partidas que han dado lugar, por agregación, a los importes consignados en los diversos apartados del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias, debiendo contestar el órgano de administración siempre que concurren los requisitos que operan como límite a la obligación de transparencia –que la información sea oportuna y se requiera en momento adecuado; que la publicidad de estos documentos no perjudique los intereses sociales y en su ejercicio no concurre un abuso del derecho–.

Establecidos los derechos protegidos la luz de la Ley de Sociedades de Capital, la STS 330/2013, de 26 de marzo, expone los dos criterios necesarios para que la conducta sea constitutiva de un ilícito penal y por tanto punible: de un lado, que no exista causa legal que impida legítimamente al

administrador a facilitar la información que se le solicita, y de otro, que la información solicitada sea el presupuesto necesario para la efectividad del ejercicio de los derechos del socio.

En el caso enjuiciado, se ve claramente vulnerado el derecho de información de los socios Alejandro e Inmaculada, siendo desatendida la solicitud de información sobre los soportes documentales de las cuentas anuales, sin que concurriera causa legal que justificase la negativa. Por ello, podemos apreciar los dos elementos necesarios del tipo penal contenido en el artículo 923 del Código Penal, siendo Gonzalo de Ulloa, con su conducta, el autor criminalmente responsable, como administrador de la sociedad “Tu Piel”, de la negación e impedimento del derecho de información acerca de los documentos contables de la sociedad, teniendo que ser castigado con la pena multa de seis a doce meses, establecida en el citado artículo.

5. Posibilidades que tiene un acreedor de la sociedad “Tu Piel” para cobrar su crédito y contra quien puede dirigirse⁵².

Para conocer las posibilidades de cobro de un crédito que tiene un acreedor de la sociedad “Tu Piel”, hay que hacer referencia a los distintos medios de que disponen para cobrar sus deudas y ver si concurren los requisitos para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. En este caso, la actividad de la empresa se interrumpe sin llevar a cabo ningún trámite, siendo necesario valorar si cabría exigir algún tipo de responsabilidad al administrador.

5.1. Interrupción de la actividad de una sociedad

La sociedad “Tu Piel”, tras a marcha de los socios Inmaculada Fernández, Alejandro Hernández y Adrián Gómez, queda formada por Teresa Medina y Daniel López, teniendo cada uno el cincuenta por ciento del capital social. Tras la correspondiente modificación de los estatutos, Daniel pasa a ser el administrador único de la sociedad. Los problemas financieros por los que pasó la empresa provocaron el impago de diversas facturas de proveedores y deudores, por lo que ambos socios deciden interrumpir la actividad de la empresa sin llevar a cabo ningún trámite. Semanas después, Teresa y Daniel constituyen la sociedad “*A tu medida, S.L.*” (en lo sucesivo, “*A tu medida*”), siendo en este caso Teresa la administradora única. En esta nueva empresa siguen realizando la misma actividad que ya venían desarrollando en la sociedad “Tu Piel”, contratando a los diez empleados que ya tenían.

La interrupción de la actividad de la sociedad “Tu Piel” fue una disolución en la que no se siguieron los procedimientos legalmente establecidos. La Ley de sociedades de capital dispone distintos supuestos de disolución que no operan de manera uniforme y que pueden clasificarse, por tanto, en función de la forma en que la disolución se produce. Una sociedad puede disolverse, como en el caso de la sociedad “Tu Piel”, por acuerdo de los socios, que ha de ser adoptado en el marco de una Junta General, con los quórum y mayorías requeridos para la modificación de estatutos (artículo 368 LSC). Este acuerdo puede tomarse en cualquier momento y sin necesidad de que exista ninguna causa o razón que motive la disolución.

El hecho de que existan varias formas de disolución no implica que los efectos de esta varíen en cada caso. De hecho, la disolución, cualquiera que sea el modo en que se produzca, comporta como principal efecto la apertura del período de liquidación (artículo 371.1 LSC). La liquidación de la sociedad disuelta comprende la realización de las operaciones necesarias para satisfacer íntegramente a los acreedores sociales y, en su caso, repartir el patrimonio resultante entre los socios, al objeto de conseguir así la extinción de la propia sociedad. Los liquidadores deben pagar las deudas de la sociedad (artículo 385.1 LSC) considerando que las mismas no sufren ninguna variación –ni en su integridad ni en su vencimiento– por el hecho de la liquidación. Cuando se trate de deudas vencidas, deberán satisfacerse por los liquidadores sin sujeción a orden ni prelación alguna, del mismo modo que durante el período de vida social activa. Y en el supuesto de que se trate de deudas no vencidas, para evitar que la subsistencia de créditos contra la sociedad pueda demorar excesivamente la conclusión de la liquidación, se admite la posibilidad de que los liquidadores procedan a consignar el importe de dichos créditos en una entidad de crédito (artículo 391.2 LSC), con el fin de que el proceso de liquidatorio pueda continuar sin esperar la vencimiento de las deudas⁵³.

⁵² En el caso se hace relación a un acreedor de la sociedad “A tu medida”, pero en relación con los datos proporcionados en el supuesto es presumible que se trata de una errata, siendo por objeto la pregunta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

⁵³ MENÉNDEZ, A., ROJO A., *Lecciones de derecho mercantil Vol. I... op. cit.* pp. 596, 602, 605 y 609.

5.2.El régimen de responsabilidad de los administradores

Los administradores de las sociedades mercantiles están sometidos a un régimen de responsabilidad específico, que es el previsto por el artículo 236 y ss. de la LSC. La responsabilidad de los administradores nace, *ex artículo 236 LSC*, de la realización por parte de estos de actos u omisiones que hayan sido realizados contrariando –o no observando suficientemente– los deberes y prohibiciones inherentes a su cargo, que son aquellos que la propia LSC les impone. En lo relativo a los deberes, se trata de los siguientes: administración diligente, lealtad y secreto. Por lo que respecta a las prohibiciones, son: realizar operaciones por cuenta propia aprovechando su cargo o el nombre de la sociedad, aprovechar oportunidades de negocio, participación en toma de decisiones cuando medie conflicto de intereses y competencia⁵⁴. Paralelamente, junto a la necesaria observancia de todos esos deberes generales, la responsabilidad de los administradores puede nacer también de la omisión de su deber concreto de actuación cuando la sociedad se halla incurso en una causa legal de disolución, por concurrir cualquiera de las situaciones previstas por el artículo 363 de la LSC.

A. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales

La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es considerada por la doctrina como una responsabilidad de carácter dual, entendiéndose tanto como una responsabilidad por daños como una responsabilidad por sanción. El presupuesto básico para que se genere esta responsabilidad es la existencia de deudas y su impago. También es necesario que esta situación de insolvencia este causada por la intervención del administrador, quien con su conducta dolosa o negligente (artículo 236 LSC) ha provocado que resulten impagadas, ya sea mediante la inobservancia de su deber de instar los mecanismos que permitan restablecer el equilibrio patrimonial de la sociedad, o en su caso, la disolución o concurso (artículo 367 LSC).

El administrador asumirá la responsabilidad por las deudas sociales cuando, en lugar de promover la disolución y posterior liquidación ordenadas de la sociedad –o, en su caso, el concurso de acreedores–, pretenda el mero cese de la actividad y su supuesta desaparición del mercado.⁵⁵ Se pretende de este modo evitar la práctica de cesar en la actividad de forma abrupta y pretender que, con ello, esa entidad societaria bajo cuya denominación se ha estado operando quede reducida a un conjunto de anotaciones en el Registro Mercantil. En este tipo de casos, resulta evidente que el acreedor no puede verse burlado por este modo de proceder del administrador (y de los socios, aunque contra estos no quepa acción de ninguna clase) que intenta de este modo dejar pendientes las deudas sociales. Por ello, ante este tipo de supuestos, el administrador resulta directa y personalmente responsable de las obligaciones que esa sociedad no haya dejado insatisfechas.

En este sentido, se puede traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo 953/2007, de 26 de septiembre, en la que se manifiesta la finalidad que se le otorga a la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, cuando esta no se depura mediante la disolución de la sociedad. El carácter sancionador del precepto está intrínsecamente relacionado, también, con la persecución de un objetivo fundamental: las mayores posibilidades de cobro de los acreedores. Estas derivan del efecto que les produce la declaración de responsabilidad del administrador consiguiendo que los acreedores “vean correlativamente ampliada la esfera de sus facultades de cobro mediante un incremento del número de sus deudores –solidarios–, ante el peligro que representa para sus créditos el que una sociedad que esta

⁵⁴ VALMAÑA CABANES, A., *Las acciones contra la sociedad y su administrador*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 66 y 67.

⁵⁵ Así lo señala la SAP La Rioja 8/2008, de 14 de enero, en un supuesto en el que la sociedad fue dada de baja de actividad y abandonó el domicilio social, pero sin llevar a cabo la correspondiente disolución: “[...] provocando de esa manera confusión e inquietud entre los acreedores que se ven obligados a perseguir una mera apariencia social sin sustrato real, de modo que no estamos ante la mera falta o reducción provisional de su apariencia formal, [...] y como desde que concurrieron estas casusas de disolución, el administrador no convocó la Junta General, en plazo de dos meses, para que adoptase el acuerdo de disolución conforme al artículo 105 LSRL (hoy artículo 367 LSC)”.

sometida a la regla de limitación de responsabilidad subsista sin disolverse –y liquidarse–, cuando ello era lo procedente”.

En conclusión, la base en la que se asienta la responsabilidad de los administradores por la deudas de la sociedad administrada persigue dos objetivos: por un lado, establecer un sistema de control de los administradores, les estimula a cumplir las normas legales y estatutarias y a observar la debida diligencia en sus actos, disuadiéndolos de actuar de forma inapropiada mediante la amenaza de responder con su propio patrimonio; y, por otro lado, garantizar los derechos de crédito de los acreedores sociales, ofreciéndoles la posibilidad de dirigir sus eventuales acciones ejecutivas contra un patrimonio diferente al de la propia sociedad.

B. Acciones procesales para la depuración de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales

La responsabilidad de los administradores puede configurarse desde una doble perspectiva, según cual sea el precepto sobre el que sustentemos la solicitud de su declaración. Así, si tomamos como base el artículo 236 de la LCS, nos encontramos frente a la que podríamos encajar dentro del ámbito de las presunciones *iuris tantum*, por cuanto la afirmación que el acreedor social realiza sobre la responsabilidad del administrador de la sociedad mercantil admite prueba en contrario. Por ello, no existirá responsabilidad si el administrador es capaz de probar que ha obrado de acuerdo con la ley, con los estatutos sociales o con la diligencia debida. Las dos acciones que se pueden ejercitar en virtud del artículo 236 LSC son la acción individual y la acción social de responsabilidad. La primera de ellas es la que, en puridad, está concebida para la satisfacción de los daños generados a los acreedores. La segunda, la acción social, produce una satisfacción de la deuda de manera indirecta.

Si tomamos como base el artículo 367 de la LCS, en cambio, nos encontraremos ante una presunción *iuris et de iure*, debido a que difícilmente podrá aportar el administrador prueba alguna que le exonere de las responsabilidades que se le exige salvo, en todo caso, los actos que haya realizado para instar el restablecimiento del equilibrio patrimonial o la disolución/concurso de la sociedad, actos que será difícil que hayan existido sin que el acreedor haya tenido conocimiento de estos, por cuanto están sometidos todos ellos a publicidad registral/judicial.

El hecho de que el acreedor vaya por una u otra vía para obtener el pago de su crédito influye en la necesidad de que el actor se dote de más o menos pruebas contra el administrador y, sobre todo, en las posibilidades de éxito procesal de la acción ejercida. En ambos casos, incluso a pesar del carácter casi automático de la acción contenida en el artículo 367 LSC, es necesaria una declaración judicial de la existencia de esas responsabilidades. Por tanto, será necesario que el acreedor inste acciones judiciales contra el administrador y, una vez obtenido ese éxito procesal, pueda poner en marcha cuantos mecanismos estén a su alcance –en sede de ejecución– para conseguir traducir el éxito procesal en éxito material, esto es, en obtener la satisfacción de la deuda social mediante su pago por parte del administrador o, en caso contrario, mediante el embargo y la realización de sus bienes.

5.3. Acciones que puede ejercitar un acreedor de la sociedad “Tu Piel” contra el administrador

Como se ha mencionado, un acreedor dispone de dos vías para poner de manifiesto la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales: la responsabilidad contenida en el artículo 236 LSC y la que nace en virtud del artículo 367 LSC.

En el supuesto planteado, la sociedad “Tu Piel” se disuelve por acuerdo de los socios, y según la literalidad del caso, no se da ninguna causa legal de disolución que obligue al administrador a solicitarla.

El cese en el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social sólo es una causa de disolución [artículo 363.1 a) LSC] si la sociedad está en período de inactividad por un tiempo superior a un año, hecho que no se desprende del caso. También, aunque la sociedad estaba pasando por problemas financieros, provocando el impago de sus proveedores y acreedores, las pérdidas graves sólo son causa legal de disolución [artículo 363.1 e) LSC] si estas dejan reducido el patrimonio neto de la sociedad a una cantidad inferior a la mitad de la cifra de capital, y ya que no se hace referencia a esto en el supuesto es de entender que no era esta la situación.

Por ello, en este caso no tiene cabida la reclamación de responsabilidad al administrador de la sociedad “Tu Piel”, Daniel López, mediante esta vía de responsabilidad solidaria por deudas sociales del artículo 367 LSC, al no estar inmersa dicha sociedad en una causa legal de disolución.

Descartada la vía anterior, sólo queda reclamar responsabilidades a Daniel por aplicación del artículo 236 LSC. Este artículo establece que *“los administradores responderán (...) 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 este caso la culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. Es aplicable este artículo en cuanto una sociedad no puede cesar en su actividad sin llevar a cabo ningún tipo de trámite, siendo necesaria la liquidación de los bienes de dicha sociedad con el fin de pagar a los acreedores. Daniel, como administrador de la sociedad “Tu Piel”, es responsable, por omisión, de no abrir el período de liquidación correspondiente a la disolución de la sociedad. Las dos acciones que se pueden ejercitar en virtud de este artículo son la acción individual y la acción social de responsabilidad.

La acción individual de responsabilidad es la más adecuada para la tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales cuando se pretende que esta repose sobre una declaración de responsabilidad de los administradores⁵⁶. Esta acción está prevista en el artículo 241 LSC, que establece: *“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”*. La base de esta acción es la de reparar el daño ocasionado a un tercero mediando culpa o negligencia en la conducta del administrador. El Tribunal Supremo en su sentencia de 794/2008, de 29 de julio, establece las notas básicas de esta acción, disponiendo que mediante la acción individual de responsabilidad, los terceros que hayan sufrido una lesión directa de sus intereses podrán reclamar una indemnización del daño a los administradores sociales que lo hayan causado por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o realizados sin la diligencia de un ordenado empresario y representante leal. Esta STS enumera los requisitos para el ejercicio de esta acción: la existencia de actos u omisiones negligentes imputables al administrador, que del mismo se derive un daño para el acreedor o el socio y que entre el acto ilícito y el daño reclamado exista un enlace preciso y directo, esto es, nexo de causalidad. Por todo esto, esta acción es la adecuada para la tutela de los intereses de los acreedores, porque a diferencia de la acción social de responsabilidad, el bien jurídico protegido es el patrimonio individual de socios o terceros, ya que los efectos patrimoniales de la condena del administrador se proyectarán directamente sobre el acreedor, que será quien resultará directamente beneficiado de los pagos que deba realizar el administrador.

⁵⁶ MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “La acción individual de RESPONSABILIDAD de los administradores de sociedad anónima frente a socios y terceros”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir), *Derecho de sociedades I. Comentarios a la Jurisprudencia*, vol. II, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, p.81.

5.4. Determinar contra quien puede dirigirse un acreedor de la sociedad “Tu Piel” para cobrar su crédito

En este caso se produce la desaparición del patrimonio de la sociedad “Tu Piel”, sin llevar a cabo la liquidación correspondiente, y constituyéndose simultáneamente la sociedad “A tu medida”, que le sucedió de hecho en la actividad, los empleados, la clientela, etc.

Un acreedor de la sociedad “Tu Piel” vería frustrado su derecho al cobro del crédito que ostenta frente a dicha sociedad ya que esta ha desaparecido sin más del tráfico mercantil. No obstante, esta desaparición es ficticia, realizada mediante un abuso de derecho, utilizando la personalidad jurídica de la sociedad “A tu medida” con una finalidad fraudulenta y contraria a derecho, lo que provoca que la nueva sociedad constituida no pueda considerarse como un tercero, por no ser más que una simulación. Por ello los tribunales consideran en estos casos que se ha de prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, penetrar en la interioridad de la misma, “levantar su velo”, a fin de examinar los reales intereses que latan en su interior, es decir, adentrarse en el *substratum* de la persona jurídica para poner coto a los fraudes y abusos que bajo el manto protector de esta figura se puedan cometer, y de esta manera, alcanzar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura⁵⁷. Hay que tener en cuenta que el hecho de penetrar en el *substratum* de una sociedad, a través del levantamiento del velo jurídico, no supone desconocer su personalidad jurídica ni declarar su nulidad.

A. Doctrina del levantamiento del velo societario y protección del derecho de crédito

En primer lugar, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo 159/2007, de 22 de febrero, debe señalarse que la doctrina del levantamiento del velo obtiene su fundamento primario en el plano normativo de la buena fe (artículo 7 del Código Civil). La estrecha conexión que guarda la doctrina del levantamiento del velo con la figura del abuso del derecho y con la noción del fraude de ley (artículos 7.2 y 6.4 CC) viene a resaltar el fundamento primario de que ambas figuras constituyen formas típicas de un ejercicio extralimitado del derecho contrario al principio de buena fe. En este caso, la defensa del principio de buena fe debe presidir las relaciones mercantiles, en orden a evitar que el abuso de la personalidad jurídica, como instrumento defraudatorio, sirva para burlar los derechos de los demás.

En segundo lugar, hay que hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo 510/2012, de 7 de septiembre, en la que se precisa el alcance excepcional y restrictivo que caracteriza la interpretación y aplicación de esta figura. En efecto, en estos casos, en que la parte actora y acreedora no dispone de otra acción o recurso específico para hacer efectivo el cobro de su derecho de crédito, la doctrina del levantamiento del velo opera, con carácter subsidiario, con una finalidad de facilitar la efectividad o cobro de dicho derecho, siendo necesaria una aplicación prudente y moderada.

En tercer lugar, no es posible elaborar un *numerus clausus* de tipos o situaciones en las que se aplica la fórmula del levantamiento del velo. Así, el Tribunal Supremo, y sin ánimo de exhaustividad, ha venido aplicando esta doctrina a diferentes supuestos, entre otros, cuando se simula la constitución de una sociedad para eludir el cumplimiento de un contrato, cuando se utiliza a la persona jurídica para ocultar un objetivo contrario a la moral o como instrumento de desviación o distorsión en la aplicación de las reglas jurídicas.

El caso planteado, igual que el contenido en la sentencia del Tribunal Supremo 995/2004, de 27 de octubre, puede encuadrarse dentro de un supuesto típico de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, a través de la cual un acreedor de la sociedad “Tu Piel”, que no dispone de ningún recurso para poder cobrar su crédito frente a dicha sociedad, puede dirigirse contra la sociedad “A tu medida”. Es aplicable la doctrina del levantamiento del velo, ya que igual que en la sentencia antes mencionada, entre

⁵⁷ SSTS 2800/1984, de 28 de mayo y 547/1998, de 23 de enero.

las dos sociedades se da una identidad en la actividad social que realizan, en los trabajadores que tienen en plantilla, están ambas formadas por los dos mismos socios y puede desprenderse que hay operaciones vinculadas entre ellas. Esta nueva sociedad ha sido constituida sin cumplir las obligaciones legales de disolución de la anterior sociedad, en fraude de los derechos de los acreedores, con el fin de no cumplir las obligaciones sociales contraídas durante el período de actividad de la sociedad “Tu Piel”, transmitiendo a la nueva sociedad sólo el activo de dicha sociedad y dejando a los acreedores sin cauces por los que cobrar las deudas.

5.5. Medio por el que cobrar la deuda pendiente de la sociedad “Tu Piel” y exigir la responsabilidad de su administrador

Un acreedor de la sociedad “Tu Piel” que pretenda el cobro de su crédito ha de interponer demanda de juicio ordinario, ante el Juzgado de Primera Instancia, acumulando una acción de reclamación de cantidad frente a la “Tu Piel, S.L.” y “A tu medida, S.L.”, en aplicación de la teoría del levantamiento del velo; junto con otra acción individual de responsabilidad contra el administrador de “Tu Piel, S.L.”, Daniel López, basándose en el régimen de responsabilidad al que están sometidos en virtud del artículo 236 de la Ley de sociedades de capital, y debido a la omisión, en su deber de llevar acabo una administración diligente, de cesar en la actividad de la sociedad “Tu Piel” sin llevar acabo ningún trámite, con el perjuicio que supone para los acreedores la no apertura del período de liquidación.

Esta demanda ha de ser interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia, no ante un Juzgado de lo Mercantil, pudiendo acumularse ambas acciones, ya que el conocimiento de la acción de cantidad corresponde al Juzgado de Primera Instancia pero a este también le corresponde el conocimiento de la conexas acción acumulada de responsabilidad del administrador, por no tener respecto de las mismas el Juzgado de lo Mercantil competencia exclusiva y excluyente. La atribución de competencia de los Juzgados de lo Mercantil es de significado negativo, en cuanto no pueden conocer otras materias que las explicitadas en el artículo 86 ter LOPJ. En cambio los de Primera Instancia tiene competencia genérica, residual y subsidiaria y conocen de aquellas materias conexas no atribuidas a los de mercantil con carácter exclusivo y excluyente (STS 539/2012, de 10 de septiembre).

6. Retribución de los administradores en las sociedades de responsabilidad limitada y acciones de las que disponen los socios disconformes para modificar esta retribución.

Para dar solución a la cuestión planteada es necesario hacer referencia a las funciones que cumplen los administradores dentro de las sociedades de capital, así como la posible retribución de su actividad. También hay que abordar las acciones que poseen los socios para defender su interés y el de la sociedad, con el fin de evitar la percepción de una remuneración indebida o extralimitada del administrador.

6.1. Estructura y competencia del órgano de administración

En la constitución de la empresa “A tu medida”, los dos socios, Teresa Medina y Daniel López, escogen la forma social de responsabilidad limitada, constituyendo una SL donde Teresa ostenta el cargo de administradora única, encargándose de la gestión política de la empresa.

La estructura corporativa de las sociedades anónima y limitada se completa con el órgano de administración, el cual lleva a cabo la gestión cotidiana de la sociedad y la representa en sus relaciones jurídicas con terceros. La Ley de Sociedades de Capital no somete al órgano de administración a una estructura rígida y predeterminada, sino que permite a las sociedades optar entre varias formas alternativas, como dispone el artículo 210 LSC. Las sociedades están facultadas para nombrar un administrador único, recayendo el órgano de administración en una sola persona. Cabe designar a varios administradores solidarios, los cuales poseen facultades individuales para ejercitar por sí solos las competencias propias del órgano de administración. También se puede dejar la administración de la sociedad en manos de varios administradores mancomunados, con facultades conjuntas, siendo necesario el concurso y acuerdo de todos ellos. Y, por último, se puede establecer un consejo de administración, un órgano colegiado que adopta las decisiones por mayoría.

En una sociedad de responsabilidad limitada se puede optar expresamente en sus estatutos por una determinada estructura del órgano de administración (artículo 23 LSC), pero cualquier cambio posterior exigiría proceder a la correspondiente modificación de los estatutos. Por ello, es posible que los estatutos prevean al mismo tiempo distintos modos de organización del órgano administrativo, pudiendo la Junta General optar por cualquiera de ellos sin necesidad de realizar una modificación estatutaria (artículo 210.3 LSC). Como es conocido, los primeros administradores han de ser designados al constituirse la sociedad, figurando en la estructura fundacional [artículo 22.1.e) LSC]. Todos los nombramientos ulteriores han de realizarse mediante acuerdo de la Junta General (artículo 214.1 LSC). En la sociedad limitada el nombramiento de los administradores se hace por tiempo indefinido, primando la estabilidad y permanencia en el ejercicio del cargo, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrían ser reelegidos por períodos de igual duración (artículo 221.1 LSC).

Dentro de las competencias de los administradores la Ley les encomienda expresamente la realización de todas las actividades u operaciones que sean idóneas para el desarrollo del objeto social, es decir, junto con la representación de la sociedad también les corresponde la gestión general de la empresa.

6.2. Retribución de los administradores

El cargo de administrador es gratuito como norma general, para que sea retribuido es necesario que así se prevea en los estatutos (artículo 217.1 LSC). No es preciso, en todo caso, que los estatutos precisen la cuantía concreta de las retribuciones, pues sólo se requiere la determinación concreta del

sistema o sistemas de remuneración⁵⁸, pudiendo consistir, entre otros, en uno o varios de los establecidos en el artículo 217.2 LSC (sueldo, dietas, participación en beneficios, retribución variable, etc.), como, en su caso, el procedimiento y las reglas que deban seguirse para su exacta fijación. Los anteriores sistemas de retribución no son limitativos, pudiendo establecerse otros. La Ley establece la necesidad de un acuerdo de la Junta General acerca de la retribución máxima anual de los administradores, el cual permanecerá vigente hasta que sea modificado por un acuerdo posterior. El apartado cuarto del artículo 217 LSC incluye unos parámetros que deben modular la retribución de los administradores: proporcionalidad con la situación económica real de la sociedad, correlación con los estándares del mercado, la sostenibilidad futura de la empresa y no recompensar resultados desfavorables.

La redacción actual del artículo 217 LSC ha sido introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre⁵⁹, con una finalidad muy loable, sin embargo los límites fijados son muy imprecisos y genéricos, imposibilitando que un notario o registrador pueda entrar a calificar si un determinado sistema retributivo cumple o no los límites establecidos. No obstante, los socios podrán impugnar el correspondiente acuerdo de retribución en el supuesto de que alguno de estos límites no sea respetado, o con el fin de combatir remuneraciones que no guarden una debida proporción con la situación económica de la empresa. Es por ello, que si una sociedad progresivamente va entrando en pérdidas, tendrá que atender al criterio de la razonabilidad con la situación económica de la sociedad para, en su caso, evaluar si la retribución establecida en su día debe verse ajustada por la actual situación financiera de la empresa.

Como se ha visto por la numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, son frecuentes los litigios relativos a administradores que han percibido retribuciones de la sociedad pese a no existir previsión estatutaria de que el cargo tenga carácter retribuido, en los que el pago de tales retribuciones se intenta justificar por la existencia de un vínculo con la sociedad distinto del que supone el cargo de administrador. Lo habitual es que se alegue la prestación de servicios de alta dirección. No obstante, como establece la doctrina impuesta por el TS, para entender justificada y legítima la percepción por el administrador social de una retribución abonada por la sociedad, pese a que el cargo sea gratuito según los estatutos, ha de resultar probada la concurrencia de un “elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa”⁶⁰, que ha de ser preciso y cierto, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisadas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el régimen de transparencia y claridad que exige la normativa societaria. Teniendo en cuenta lo mencionado, no se considera suficiente para apreciar la concurrencia del elemento objetivo de distinción entre actividades debidas a la sociedad como administrador y las debidas por una relación contractual, la afirmación de que Teresa Medina, como un plus respecto de su condición de administrador social, llevaba la política general de la empresa, pues esta es una de las funciones típicas de la administración social⁶¹, por lo que no cabe remuneración por sus servicios de gestión de la sociedad.

⁵⁸ Esto se desprende no solo de la LSC, sino también de la Resolución de 7 de marzo de 2013 (BOE de 11 de abril de 2013), la cual reitera el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

“... el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecido en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer”.

⁵⁹ Mediante la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

⁶⁰ STS 893/2012, de 19 de diciembre.

⁶¹ De la STS 555/2010, de 28 de septiembre, se desprende que el cargo de administrador conlleva la obligación de realizar actividades para la sociedad consistentes fundamentalmente en el desempeño de funciones de gestión, dirección y representación de la sociedad.

A. Posibilidad de remuneración a Teresa Medina por su cargo de administradora única

En el caso expuesto, la administradora única, Teresa, percibe una retribución mensual de 2.000 euros en concepto de llevanza de la gestión política general de la empresa, lo cual es la actividad principal, junto con la representación de la sociedad, de un administrador, de la que nunca puede ser desposeído. Por ello se entiende que la retribución que percibe es sólo debido a su cargo de administradora, no por realizar otro tipo de tareas productivas, como operaria o profesional activa, por lo que al percibir una retribución por su carácter de administradora social, sería preciso la previsión estatutaria en los términos previstos en el artículo 217 Ley de Sociedades de Capital. Los estatutos no contemplan disposición alguna respecto a la retribución de los administradores, por lo que la presunción legal establece que este cargo es gratuito (artículo 217 LSC), por ello, salvo acuerdo de la Junta General para la modificación de los estatutos, siendo necesarias mayorías reforzadas [artículo 199 a) LSC], Teresa no puede percibir los 2.000 euros mensuales.

Es necesario que los estatutos de la sociedad “A tu medida”, además de pronunciarse expresamente acerca de la retribución del cargo de administrador, reflejen el concepto o conceptos retributivos a percibir por el mismo, recogiendo así lo que se ha denominado como el “principio de determinación estatutaria de la retribución”. Tanto en los estatutos de la sociedad, como por acuerdo de la Junta General será posible aprobar la cuantía máxima de la remuneración anual que pueden percibir los administradores por el desempeño de su cargo. No obstante, debe tenerse en cuenta que cualquier cambio que se deseara realizar en la cuantía, exigiría el quórum de modificación de estatutos, mientras que si la cuantía la fija la junta general, bastaría con la mayoría ordinaria.

6.3. Medios de los que dispone Daniel López en caso de que dejase de estar de acuerdo con esa retribución que percibe Teresa Medina

Teresa Medina recibe una retribución mensual de 2.000 euros por su cargo de administradora, lo cual no es posible ya que nada contemplan los estatutos en relación a la retribución de los administradores, pero siendo ella y Daniel López los únicos socios de la sociedad “A tu medida”, decide percibir esta remuneración; no se sabe si con el acuerdo de su socio Daniel (este acuerdo se supone adoptado al margen de una Junta General) o fue una decisión unilateral de Teresa que éste conocía y consentía.

A este respecto, cuando Daniel deje de estar de acuerdo con la retribución percibida por la administradora, podría ejercitar la acción social de responsabilidad contra Teresa, a la que le puede exigir la devolución de las cantidades percibidas durante determinados ejercicios, por considerar que esta retribución era contraria a la previsión de gratuidad del cargo que figuraba en los estatutos sociales. Sin embargo, hay que matizar la posibilidad del ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de Daniel, ya que según la sentencia del Tribunal Supremo 412/2013, de 18 de junio, el conocimiento y consentimiento del actor de esa situación, que avino y toleró, provoca que exigir al administrador la devolución de las cantidades percibidas vulnere la prohibición de ir contra los propios actos.

Este es un argumento aplicado por el Tribunal Supremo en casos similares⁶², en los cuales, mediante su jurisprudencia, establece la doctrina de los actos propios y el conocimiento y consentimiento continuado por parte del socio demandante del pago de una retribución al administrador. Lo relevante aquí para el TS es que la retribución del administrador se acordó por los dos socios, incluido el demandante Daniel, que como se desprende del enunciado de la pregunta, está de acuerdo, al menos en un primer momento, con la remuneración percibida por Teresa. Tal comportamiento, en cuanto significativo,

⁶² SSTs 445/2001, de 9 de mayo; 1147/2007, de 31 de octubre; 448/2008, de 29 mayo y 893/2012, de 19 de diciembre de 2011.

prolongado y contradictorio con la pretensión en el ejercicio de la acción social, convierte a ésta en inadmisibile, en aplicación de la doctrina de los actos propios, manifestación del principio general de buena fe.

Por ello, para el posible ejercicio de la acción social por parte de Daniel, con el fin de lograr la devolución de las retribuciones percibidas por Teresa, sería necesario conocer desde cuando conoce y consiente tal remuneración. El Tribunal Supremo otorga especial importancia al comportamiento del socio demandante, ya que si la retribución del administrador ha sido reiterada durante varios ejercicios, esto provoca una confianza en el administrador sobre la regularidad de la percepción de sus remuneraciones⁶³, no pudiendo reclamar posteriormente un socio la devolución de las mismas.

El hecho de que Daniel López no pueda ejercitar la acción social de responsabilidad y reclamar la devolución de lo percibido hasta el momento por Teresa Medina, por ir contra sus propios actos, no implica tener que tolerarlo siempre. Daniel, en el momento en que deje de estar de acuerdo con la retribución de la administradora, debe ponerlo de manifiesto de forma fehaciente, por ejemplo mediante un burofax, donde quedará constancia del contenido del texto, así como el emisor, el destinatario y la fecha de envío; teniendo esta comunicación carácter probatorio ante los tribunales. En la próxima Junta General Ordinaria Daniel ha de oponerse a la remuneración indebida que recibe Teresa por su cargo. Si la administradora siguiese percibiendo esta remuneración, entonces Daniel si que podría ir contra ella mediante la acción social de responsabilidad, ya que al dejar constancia de su oposición a dicha remuneración, tanto mediante burofax como en la Junta Ordinaria, ya no se estaría yendo contra sus propios actos.

⁶³ STS 448/2008, de 29 de mayo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Cuestión 1

De la aportación al capital social de un pagaré, si se demuestra posteriormente que la firma y sello del supuesto emisor y firmante han sido falsificados por el aportante, Adrián Gómez, se derivarían una serie de consecuencias:

a) Adrián Gómez es un obligado cambiario, debido a que la aportación del pagaré a la sociedad “Tu Piel” se realiza mediante endoso, por la que el tenedor del título-valor, Adrián, mediante su firma en el reverso, transmite a la sociedad “Tu Piel” todos los derechos derivados del pagaré, convirtiéndose desde ese mismo instante en obligado cambiario y pasando a responder en caso de impago. La sociedad “Tu Piel” puede incoar un proceso cambiario, en el que mediante la acción de regreso, puede ir contra Adrián, como endosante, y reclamarle el valor del pagaré.

b) De la conducta de Adrián (falsificación de la firma y sello de un pagaré) se derivan consecuencias penales. Es necesario destacar que el pagaré se encuadra dentro de los documentos mercantiles o de comercio, que la Ley equipara a los públicos y oficiales, otorgándoles una mayor protección. Los hechos cometidos por Adrián encajan en las conductas típicas contenidas en los artículos 390.1.2º y 248 del Código Penal, relativos a la falsedad en documentos públicos, oficiales y mercantiles y al delito de estafa, respectivamente. En el momento de comisión de los hechos (año 2006) estaba vigente una agravación del delito de estafa, que aumentaba la pena en los casos en que esta se había realizado mediante títulos-valores (artículo 250.1.3º CP). Por ello, si se enjuician los hechos en el año 2006 se ha de apreciar un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil (artículo 392 CP) y la estafa agravada (artículo 250.1.3º), que da una pena de prisión de 3 años y 6 meses a 6 años y multa de 9 a 12 meses. En cambio si tomamos como momento de referencia el actual para enjuiciar la conducta delictiva de Adrián, se aplicaría el delito de estafa en su modalidad básica (artículo 248 CP). El concurso medial entre el delito de falsedad en documento mercantil (artículo 392 CP) y el tipo básico de estafa (artículo 248 CP) deja la pena en 1 año y 9 meses a 3 años de prisión y multa de 9 a 12 meses.

c) La aportación no dineraria realizada por Adrián Gómez puede verse privada de efectividad si junto a la desatención del pago que realiza “Construcciones Manolo”, como supuesto firmante del pagaré, se une la insolvencia o la negativa al pago por parte de Adrián. En este caso la aportación o dineraria carecería de realidad, lo cual es uno de los supuestos para que nazca la responsabilidad solidaria, que abarcaría a todos los fundadores, contenida en el artículo 21 LSRL. No obstante, la aplicación de esta responsabilidad daría una extensión desmesurada a la exigencia de la realidad de las aportaciones no dinerarias, dado que en el momento al que debe atenderse para apreciar la efectividad de una aportación es el de su verificación, que debe considerarse producida en el momento de otorgamiento de la correspondiente escritura pública de constitución. El que no nazca la responsabilidad solidaria mencionada, no priva a la sociedad, en caso de que Adrián no pague el importe del pagaré, de poder reclamarle los daños y perjuicios causados por la ausencia total de efectividad de su aportación, pudiendo recurrir a dos vías: de un lado, el ejercicio de una acción de responsabilidad civil, prevista en el artículo 1902 CC y de otro, la aplicación de la regla general de incumplimiento contractual, por haber incurrido en dolo, negligencia o morosidad, del artículo 1101 CC, ya que el desembolso íntegro es la principal obligación asumida por los socios.

Cuestión 2

Con objeto de una construcción extralimitada, se pide hacer referencia a tres cuestiones diferentes:

a) Adquisición de la propiedad por la sociedad “Tu Piel” de la franja de terreno invadida: Alejandro Hernández es quien realiza la construcción extralimitada en una finca que posteriormente aporta a la sociedad “Tu Piel”. Mediante la accesión invertida Alejandro puede acceder a la propiedad de

la franja de terreno invadida al cumplir todos los requisitos exigidos para la apreciación de esta figura. Por ello, la sociedad “Tu Piel” si que adquiere la propiedad de dicha franja de terreno. No obstante, para adquirir la propiedad es necesario pagar al dueño de la parcela invadida el valor de la porción de terreno invadido junto con la indemnización de daños y perjuicios. Esto provoca la aparición de un vicio o gravamen oculto en el inmueble aportado por Alejandro, el cual está obligado al saneamiento del mismo en virtud del artículo 64 de la Ley de sociedades de capital.

b) Acciones que el propietario de la finca colindante podría ejercitar: el propietario de la finca colindante tiene como pretensión ser reconocido como propietario del terreno invadido y que este se le restituya. Por ello, la acción que debe ejercitar es la reivindicatoria cuyo fin es recuperar la cosa de quien la detenta indebidamente. Junto con la reivindicación, también puede ejercer acumuladamente la acción de deslinde, a fin de dilucidar ambas pretensiones en un mismo proceso para, en caso de que no prosperando la reivindicatoria, pudiera estimarse la de deslinde. A pesar de que el propietario de la finca colindante reúna todos los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria esta nunca se vería estimada, ya que el juez, tanto de oficio o en virtud de solicitud por parte de la sociedad “Tu Piel”, aplicaría la accesión invertida, al ser un caso de construcción extralimitada en el que se dan todos los requisitos para su apreciación.

c) Consecuencias para Alejandro Hernández en el caso de que la sociedad “Tu Piel” no hubiera adquirido la propiedad de la franja de terreno invadida: si Alejandro no reúne alguno de los requisitos necesarios para apreciar la accesión invertida, como por ejemplo la buena fe, no podría adquirir la propiedad de la franja de terreno invadida y por tanto tampoco la adquiriría la sociedad “Tu Piel”. El propietario del terreno invadido puede solicitar la demolición de lo extralimitado, corriendo la sociedad con los gastos, o este puede hacer suya la obra en su totalidad y el terreno ocupado por esta, y si Alejandro construyó con mala fe, no tendría la sociedad derecho a indemnización. En cualquiera de estos dos supuestos, la sociedad “Tu Piel” sufriría un perjuicio patrimonial al verse privada de parte o de la totalidad de la nave que utilizan como almacén. Este perjuicio ha de ser soportado por Alejandro Hernández, quien en virtud del artículo 64 de la Ley de sociedades de capital está obligado al saneamiento por evicción de la cosa objeto de aportación. Los efectos del saneamiento por evicción varían según se trate de evicción parcial o total. La evicción total concede a la sociedad el derecho de exigir al aportante el precio de la cosa, así como los frutos o rendimientos de esta, junto con los daños e intereses. La evicción parcial permite a la sociedad la rescisión de la aportación o reclamar al aportante el pago del valor que al tiempo de la evicción tuviesen los bienes objeto de la misma.

Cuestión 3

Las controversias suscitadas entre Teresa Medina y Soledad García, a raíz de la transmisión de un establecimiento mercantil, son de tres tipos:

a) Pago de las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación de las trabajadoras: las trabajadoras despedidas han de reclamar a Teresa Medina las indemnizaciones y salarios que les adeudan, ya que el despido se produjo con posterioridad a la sucesión de empresa, por lo que no es de aplicación la obligación solidaria entre transmitente y el adquirente contenida en el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, es válida la cláusula establecida en el contrato de compraventa por la que Soledad García se obliga a pagar las consecuencias económicas del despido de cualquier empleado, por ello Teresa puede reclamar contra ella, por vía civil, el cumplimiento de esta obligación.

b) Pago de las deudas contraídas con anterioridad a la transmisión del establecimiento: es Soledad García quien ha de hacer frente al pago de la deuda contraída durante el período en el que ella era la titular del establecimiento, ya que al no entrar dentro de los supuestos de responsabilidad solidaria de origen legal, para esta deuda fuese asumida por Teresa Medina sería necesario el pacto expreso entre ambas, junto con el consentimiento del acreedor.

c) Obligación de no competencia: Soledad García, como transmitente del establecimiento mercantil, está obligada a no hacer competencia a la adquirente, Teresa Medina, con el fin de no captar la clientela. Esta obligación despliega sus efectos prohibiendo a la transmitente ejercer la actividad empresarial del mismo o análogo género que la del establecimiento vendido, en el mismo municipio en el que radica dicho establecimiento y durante un plazo en el que a la adquirente no le haya dado tiempo a consolidar la clientela. Soledad García ha incumplido el pacto de no competencia, que no tiene que ser pactado expresamente por las partes, ya que resulta exigible en virtud de la buena fe. En virtud de la infracción de las obligaciones contractuales, Teresa Medina está facultada para pedir la resolución del contrato de compraventa o la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Además, por infracción del artículo 4 de la Ley de competencia desleal, Teresa podría ejercer acciones procesales contra la competencia desleal como la de cesación y la indemnizatoria.

Cuestión 4

En la Junta General Ordinaria celebrada el día 15 de junio de 2015, debidamente convocada y constituida, se aprueban las cuentas anuales, el informe de gestión y aplicación de resultado, junto con la aprobación de la gestión del Consejo de Administración. Se pide hacer referencia a:

a) Las posibilidades que existen para declarar los acuerdos sociales nulos: Hay que hacer referencia a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en virtud de la cual los acuerdos sociales pasan a ser impugnables, abarcando los supuestos de nulidad y anulabilidad. Los socios Alejandro e Inmaculada solicitan a la sociedad las partidas de ingresos, documento que forma parte de las cuentas anuales. En virtud del artículo 272.3 LSC, y por representar más del cinco por ciento del capital social, tienen derecho a examinar los documentos que sirven de soporte y de antecedente a las cuentas anuales, con el fin de comprobar la corrección y la veracidad de éstas. No es posible la denegación de esta información alegando la confidencialidad de tales documentos y un posible perjuicio para la sociedad, y menos aún cuando la solicitud viene reclamada por socios que representan el cuarenta por ciento del capital social. La negativa a informar, sin motivación alguna, o con una motivación cuya verosimilitud no parece objetivamente fundada, es motivo de impugnación de los acuerdos a los que se refería la información solicitada y denegada.

b) Acuerdos impugnables: Los dos acuerdos adoptados, la aprobación de las cuentas anuales del año 2014, informe de gestión y aplicación del resultado por un lado; y la aprobación de la gestión social del Consejo de Administración de ese mismo ejercicio por otro, pueden ser ambos impugnados por la vulneración del derecho de información de los socios. La información solicitada forma parte de los documentos que sirven de antecedente de las cuentas anuales, cuya infracción es motivo de impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas; pero además los documentos solicitados informan a los socios de aspectos relevantes de la marcha de la sociedad y la gestión de los administradores, por lo que es posible impugnar también el acuerdo de aprobación de la gestión social por infracción del derecho de información.

c) Medios de los que disponen los socios disconformes para actuar contra los administradores: la impugnación de los acuerdos adoptados tiene como fin dejarlos sin eficacia, pero si la pretensión de los socios es que los administradores respondan por su conducta, estos han de ejercitar la acción social de responsabilidad. Alejandro e Inmaculada están legitimados a entablar dicha acción contra los administradores por la infracción de su derecho a la información junto con el perjuicio patrimonial que supone para la sociedad el alquiler de la mitad del almacén por la nimia cantidad de 100 euros.

d) Junto con la impugnación de los acuerdos adoptados y el ejercicio de la acción social de responsabilidad, los socios también puede recurrir a la tutela penal del derecho de información, ya que la actuación del Presidente del Consejo de Administración encaja en la conducta típica contenida en el

artículo 923 CP, siendo la negación e impedimento de la información sobre los documento contables de la sociedad causa suficiente para la imposición de la pena de multa de seis a doce meses contenida en dicho artículo.

Cuestión 5

Después del cese de actividad de la sociedad “Tu Piel” y la posterior constitución de la sociedad “A tu medida”, se pide determinar:

a) Las posibilidades que tendría un acreedor de la sociedad “Tu Piel” para cobrar su crédito: en este supuesto se dan los requisitos necesarios para apreciar la doctrina del levantamiento del velo jurídico, pudiendo reclamar el pago de su crédito contra la sociedad “A tu medida”. También es posible reclamar responsabilidades al administrador de la sociedad “Tu Piel” por cesar la actividad de esta empresa sin llevar acabo ningún trámite, por ello, en virtud de la omisión del deber legal de instar la disolución y liquidación de la sociedad, el acreedor puede reclamarle mediante la acción individual de responsabilidad los daños causados.

b) Contra quien podría dirigirse: un acreedor de la sociedad “Tu Piel” que pretenda el cobro de su crédito ha de interponer demanda de juicio ordinario, ante un Juzgado de Primera Instancia, acumulando una acción de reclamación de cantidad frente a la “Tu Piel, S.L.” y “A tu medida, S.L.”, en aplicación de la teoría del levantamiento del velo; junto con otra acción individual de responsabilidad contra el administrador de “Tu Piel, S.L.”, Daniel López, basándose en el régimen de responsabilidad al que están sometidos en virtud del artículo 236 de la Ley de sociedades de capital.

Cuestión 6

En relación con la retribución del cargo de administrador se plantea:

a) La posibilidad de que Teresa Medina como administradora única de la sociedad “A tu medida” perciba una retribución de 2.000 euros mensuales: Teresa medina recibe esta remuneración en concepto de la llevanza de la gestión política general de la empresa. Dicha actividad es una de las funciones principales, junto con la representación de la sociedad, de un administrador. Los estatutos de la sociedad “A tu medida” no disponen nada al respecto de la retribución de los administradores, con lo que en virtud del art. 217 LSC, el cargo se prevé gratuito. Para que Teresa pudiese percibir una remuneración por su cargo de administradora sería necesario que los estatutos se pronunciasen expresamente acerca de la retribución de los administradores y reflejasen el sistema o sistemas de remuneración.

b) Medios de los que dispone Daniel López en caso de que dejase de estar de acuerdo con esa retribución: es importante destacar que Daniel conocía y toleraba la retribución que Teresa percibía por su cargo de administradora. Es por ello que el Tribunal Supremo no permite al socio que conoce y consiente tal situación ejercitar la acción social de responsabilidad y reclamar al administrador la devolución de las cantidades percibidas, por entender que dicha forma de actuar vulnera la prohibición de ir contra los propios actos, basada en el principio general de buena fe. Si Daniel deja de estar de acuerdo con la remuneración que percibe Teresa ha de ponerlo de manifiesto, de forma fehaciente, por ejemplo mediante un burofax. En la próxima Junta General Ordinaria también ha de oponerse a la remuneración indebida que percibe Teresa. Si la administradora siguiese percibiendo una retribución por su cargo, Daniel podría ejercitar la acción social de responsabilidad y exigirle la devolución de las cantidades percibidas, ya que entonces no estaría yendo contra sus propios actos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La sociedad de responsabilidad limitada*, Dykinson, Madrid, 1998.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito de estafa*, Bosch, España, 2002.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Aranzadi, 2014.
- LA CASA GARCÍA, R., *Responsabilidad y aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a. T., *El derecho de información del accionista en la Sociedad Anónima*, McGrawHill, Madrid, 1999.
- MENÉNDEZ, A., ROJO A., *Lecciones de derecho mercantil Vol. I*, Aranzadi, Madrid, 2014.
- MENÉNDEZ, A., ROJO A., *Lecciones de derecho mercantil Vol. II*, Aranzadi, Madrid, 2015.
- MORALES PRATS, F., Quinteiro Olivares, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, 2005.
- PAZ-ARES, C., (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- PULIDO BEGINES, J. L., *El derecho de información del socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Civitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir), *Derecho de sociedades I. Comentarios a la Jurisprudencia*, vol. II, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio matrimonial: (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)*, Poder Judicial, N° 39, 1995.
- VALMAÑA CABANES, A., *Las acciones contra la sociedad y su administrador*, Bosch, Barcelona, 2011.
- VARONA GÓMEZ, D., *Estafa y falsedad en títulos-valores (cheque, pagaré y letra de cambio)*, Aranzadi, Navarra, 2002.

VI. JURISPRUDENCIA CITADA

- SAP Barcelona 4772/1989, de 22 de junio.
- SAP Ciudad Real 23/2011, de 25 de julio de 2011.
- SAP La Rioja 8/2008, de 14 de enero.

- STS 115/1923, de 30 de junio.
- STS 721/1949, de 31 de mayo.
- STS 4357/ 1978, de 11 diciembre.
- STS 162/1980, de 28 de abril.
- STS 386/1980, de 10 diciembre.
- STS 2800/1984, de 28 de mayo.
- STS 3644/ 1989, de 19 de junio.
- STS 819/1989, de 8 de noviembre.
- STS 3765/1990, de 16 de mayo.
- STS 237/1997, de 20 de enero
- STS 547/1998, de 23 de enero.
- STS 2512/1999, de 15 de abril.
- STS 529/2000, de 27 marzo.
- STS 140/2000, de 26 julio.
- STS 445/2001, de 9 de mayo.
- STS 845/2003, de 11 de septiembre.
- STS 1148/2004, de 18 de octubre.
- STS 995/2004, de 27 de octubre.
- STS 1556/2004, de 30 de diciembre .
- STS 171/2006, de 16 de febrero.
- STS 591/2006, de 29 de mayo.
- STS 159/2007, de 22 de febrero.
- STS 1292/2007, de 6 de marzo.
- STS 1147/2007, de 31 de octubre.

- STS 953/2007, de 26 de septiembre.
- STS 1067/2007, de 17 de diciembre.
- STS 8683/2007, de 21 de diciembre.
- STS 448/2008, de 29 mayo.
- STS 794/2008, de 29 de julio.
- STS 822/2008, de 4 de diciembre.
- STS 111/2009, de 10 de febrero.
- STS 236/2009, de 17 de marzo.
- STS 165/2010, de 4 de febrero.
- STS 350/2010, de 9 de junio.
- STS 521/2010, de 23 de julio.
- STS 555/2010, de 28 de septiembre.
- STS 933/2010, de 22 de octubre.
- STS 204/2011, de 21 de marzo.
- STS 6360/2012, de 18 de mayo.
- STS 510/2012, de 7 de septiembre.
- STS 539/2012, de 10 de septiembre.
- STS 729/2012, de 22 de noviembre.
- STS 741/2012, de 13 de diciembre.
- STS 893/2012, de 19 de diciembre.
- STS 91/2013, de 1 de febrero.
- STS 330/2013, de 26 de marzo.
- STS 412/2013, de 18 de junio.

VII. ANEXOS

1. ANEXO I – MODELO DE PAGARÉ

bankinter. A. CORUÑA S.P. JUAN FLOREZ, 46	<table border="1"><thead><tr><th>Entidad</th><th>Oficina</th><th>DC</th><th>Número de cuenta</th></tr></thead><tbody><tr><td>CCC</td><td>0128</td><td></td><td>01000</td></tr><tr><td>IBAN</td><td>ES73 0128</td><td>000</td><td></td></tr></tbody></table>	Entidad	Oficina	DC	Número de cuenta	CCC	0128		01000	IBAN	ES73 0128	000	
Entidad	Oficina	DC	Número de cuenta										
CCC	0128		01000										
IBAN	ES73 0128	000											
<small>Cheque pagadero en cualquier oficina Bankinter con el servicio de caja de efectivo disponible. Puede consultar la oficina más cercana en el buscador de oficinas y cajeros de bankinter.com o llamar al teléfono 902 13 23 13.</small>	EUROS €												
Páguese por este cheque a													
Euros													
de													
de													
La fecha debe consignarse en letra													
Serie DE n. 1. 950 2 4200 0													
 050001280 19 01000 10 42000													

2. ANEXO II – MODELO DE DEMANDA DE JUICIO CAMBIARIO

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE...

Don, Procurador de los Tribunales de....., actuando en nombre y representación de Don, según la representación que acredito mediante la presentación de como documento n.: ..., comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostento, interpongo DEMANDA DE JUICIO CAMBIARIO contra Don, mayor de edad, de estado civil, profesión titular del D.N.I. número, con domicilio en, en la calle de n.: ... en reclamación de la suma impagada del pagaré que se adjunta como documento n.: , mas intereses, costas y demás gastos con fundamento en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

I.-PRIMERO.-

Con fecha de de, Don prestó a Don la cantidad de EUROS, extremo que probamos adjuntando dicho contrato de préstamo como documento n.:

SEGUNDO.-

Que llegada la fecha de constitución de la sociedad limitadaDon entregó mi representado en pago de su obligación de asunción y desembolso de las participaciones de las que es titular, un pagaré librado por la sociedad y que cumplía todo los requisitos contemplados en el artículo 94 de la Ley Cambiaria y del Cheque y que el demandante endosa a la sociedadEL pagaré iba dirigido contra la cuenta n.: de la sucursal n.: de la entidad sita en, calle Se acompaña el cheque como documento n.:

TERCERO.-

Con fecha de de, fue presentado al cobro conforme a lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que remite al 43 y ss. del mismo texto legal, pero no pudo ser cobrado, como se acredita con el acta de protesto notarial, efectuada por el Notario de Don con fecha de de, y n.: ... de los de su protocolo, sin que se hiciera manifestación alguna por el librado, apareciendo al pie del acta la nota de gastos del protesto devengados en la cantidad de EUROS. Se adjunta la escritura de protesto como documento n.:

A los anteriores hechos les corresponden los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- LEGITIMACIÓN

Activa: Quién suscribe se encuentra legitimado al amparo del artículo 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que remite al 49 y ss. del mismo texto legal, que establece que la acción cambiaria puede ser directa contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso contra cualquier otro obligado. El tenedor podrá ejercitar su acción de regreso contra los endosantes, el librador y las demás personas obligadas, una vez vencida la letra, cuando el pago no se haya efectuado.

Pasiva: Corresponde al demandado en su calidad de endosante al no haberse pagado el pagaré por el supuesto librado, en virtud del artículo mencionado en el párrafo anterior.

II.- COMPETENCIA

El artículo 820 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuye la competencia para conocer de tales demandas el Juzgado de primera instancia del domicilio del demandado.

III.- PROCEDIMIENTO

Artículo 819 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que procederá el juicio cambiario si, al incoarlo, se presenta cheque que reúna los requisitos previstos en la Ley cambiaria y del cheque.

IV.- FONDO DEL ASUNTO

Se trata de obtener por esta parte la satisfacción de la cantidad que el demandado adeuda a Don

Al amparo del artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque, aplicable al pagaré, se reclama el importe del pagaré no pagado más los intereses de dicha cantidad, devengados desde el día de la presentación del pagaré y calculados al tipo de interés legal del dinero aumentados en dos puntos, los gastos, incluidos los del protesto y las comunicaciones por un importe de EUROS más intereses de demora y gastos.

V.- COSTAS

Es aplicable el artículo 822 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice que aunque el deudor cambiario atienda el requerimiento de pago las costas serán a su cargo.

Por todo lo anteriormente expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y copia de todo ello, se sirva admitirlo en nombre de quién comparece y, ordene se entiendan con el procurador que suscribe las sucesivas actuaciones, tenga por presentada DEMANDA DE JUICIO CAMBIARIO contra el deudor Don y previos los trámites legales oportunos, dicte auto en el que adopte sin mas trámites requerir al deudor para que pague en diez días la cantidad de EUROS, importe del pagaré más los intereses de demora, gastos y costas, y ordene el inmediato embargo preventivo de los bienes del deudor por la cantidad suficiente para cubrir dichas cantidades, expidiéndose los mandamientos necesarios si se embargan inmuebles, por si no se atendiera el requerimiento de pago; y tras los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que estimando todas las pretensiones de la demanda, despache ejecución por las cantidades reclamadas disponiendo las medidas oportunas sobre los bienes embargados, hasta conseguir el pago de todas las cantidades reclamadas.

Lugar, fecha y firma

3. ANEXO III – MODELO DE DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EJERTITANDO ACUMULADAMENTE LAS ACCIONES REIVINDICATORIA Y DE DESLINDE

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE [.....]

D. [.....][.....][.....], procurador de los Tribunales, en nombre de D. [.....], cuyas circunstancias y representación acredito con primera copia de escritura de poder que, debidamente bastanteadada, acompaño bajo el núm. 1 de documentos para que, testimoniada en autos, se desglose y se me devuelva por precisarla para otros usos, bajo la dirección del letrado D. [.....][.....][.....] del Iltre. Colegio de Abogados de [.....] y ante el Juzgado de Primera Instancia de los de esta ciudad a que por turno corresponda comparezco y, como mejor proceda, digo:

Que por medio del presente escrito y siguiendo concretas instrucciones de mi mandante, interpongo DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO en ejercicio de acciones reivindicatoria y de deslinde, acumuladas, frente a D. [.....], mayor de edad, vecino de esta ciudad, con domicilio en [.....], sirviendo de base a la presente demanda los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.-

Mi representado, D. [.....], es propietario de una finca sita en este término municipal, en el paraje de [.....], que cuenta con una extensión de 12.400 metros cuadrados y los siguientes lindes:

Norte [.....]; Sur [.....]; Este [.....] y Oeste [.....].

Se acredita lo anterior con la certificación del Registro de la Propiedad de esta ciudad acreditativa del derecho de dominio de mi patrocinado, debidamente inscrito, que se acompaña como documento núm 2.

SEGUNDO.-

Se da las circunstancia de que el demandado, D. [.....], es propietario de la finca colindante, sita igualmente en el mismo paraje de [.....], término municipal de esta ciudad, la cuál linda con la de mi mandante por su linde norte, sur para mi patrocinado, tal y como resulta de la certificación librada igualmente por el Registro de la Propiedad de esta ciudad, acreditativa de la titularidad del demandado de la mencionada finca.

Se acompaña dicha certificación bajo el núm. 3 de documentos.

Se da la circunstancia, y llamamos la atención del juzgador al respecto, que la finca del hoy demandado linda por su norte, sur de la finca de mi mandante, con ésta, siendo de destacar la existencia como linde natural de una acequia que divide ambas fincas, y que aparece descrito sirviendo de punto de división entre ambas, acequia que, como veremos más adelante, no ha sido respetada como linde entre fincas por el hoy demandado, el cuál se ha apoderado de parte del predio de mi mandante.

TERCERO.-

Efectivamente, desde hace aproximadamente dos años y aprovechando la ausencia de mi mandante de esta ciudad por razones personales, el hoy demandado procedió a usurpar una zona de aproximadamente 200 metros cuadrados de terreno de la finca de mi mandante, precisamente en la parte sur de la misma, norte de la del demandado, ocupándola mediante la colocación de una serie de materiales de construcción e industriales, que allí tiene almacenados, tal y como refleja el acta notarial con fotografías, levantada por el fedatario público D. [.....], en fecha [.....], que acompañamos como documento núm. 4.

También acompañamos, como documento núm. 5, el informe del ingeniero técnico en topografía D. [.....], que sitúa con claridad meridiana la superficie de una y otra finca, incluso el linde, que debe ir por la acequia que sirve de separación entre las dos fincas.

CUARTO.-

Mi representado, nada más tuvo conocimiento del claro expolio que, respecto a 200 metros cuadrados de su finca, había llevado a cabo el demandado, procedió a requerirle notarialmente para que cesara en dicha

actitud, reconociera los lindes de su finca y procediera igualmente con mi mandante a cerrar la división entre las mismas, mediante la colocación de una alambrada que delimitara uno y otro predio.

Pues bien, aún a pesar de que se le practicó dicho requerimiento en fecha [.....], según resulta del acta de requerimiento notarial levantada por el notario de esta ciudad D. [.....], que acompañamos como documento núm. 5, hasta la fecha, el demandado no se ha avenido a cesar en la ilícita ocupación que está llevando a efecto de la mencionada finca, por lo que esta parte se ve en la ineludible obligación de ejercer conjuntamente acción reivindicatoria respecto a los 200 metros cuadrados de terreno que le han sido usurpados, y a la vez acción de deslinde, a fin de que se establezca la debida separación entre ambas fincas que impida en el futuro problemas como el que ahora se contempla, y todo ello mediante el ejercicio de las correspondientes acciones a través de esta demanda, siendo de aplicación a los hechos anteriores los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.-

Es competente el Juzgado al que tengo el honor de dirigirme, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52, regla 1 – 1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II.-

Actor y demandado se encuentran legitimados activa y pasivamente para interponer y soportar el presente procedimiento, ya que por mi representado se está ejercitando una acción reivindicatoria respecto a 200 metros cuadrados que le han sido usurpados por el demandado, y a la vez una acción de deslinde, para lo cual está especialmente legitimado, debiendo soportar las referidas acciones el demandado.

III.-

El procedimiento a seguir será el denominado juicio ordinario, que regulan los arts. 399 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que esta parte fija como cuantía la de 10.000 €, cuantía en la que valora los 200 metros cuadrados que le han sido usurpados, de conformidad con el informe del ingeniero técnico en topografía, que valora un metro cuadrado de finca rústica en 50 €.

De conformidad asimismo con lo dispuesto en el art. 249, 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en razón a dicha cuantía es por lo que procede acudir al trámite del juicio ordinario.

IV.-

Establece el art. 348 del Código Civil que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, añadiendo el mencionado precepto que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

Asimismo, el art. 384 de dicho texto legal establece que todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes, añadiendo el precepto siguiente que el deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario y a falta de títulos suficientes por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes.

En el caso que nos ocupa y respecto al ejercicio de la acción reivindicatoria se dan todos y cada uno de los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para el ejercicio con éxito de la referida acción:

- a) Se ha acreditado con la certificación del Registro de la Propiedad (documento núm. 2) que mi representado es dueño de la finca sobre la cuál se ha llevado a efecto el despojo.
- b) Se ha acreditado asimismo que el referido despojo de 200 metros cuadrados ha sido llevado a efecto por el demandado, remitiéndome para ello al acta notarial e informe pericial que se han acompañado.
- c) Se ha acreditado con claridad meridiana cuál es la zona de terreno que ha sido expresamente usurpada por el hoy demandado, dándose por cumplidos todos y cada uno de los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo.

Por lo que se refiere al ejercicio de la acción de deslinde, ya se han indicado los preceptos legales que ampara el derecho del propietario de deslindar su finca, y habiendo resultado infructuosa cuanta gestión amistosa ha sido realizada con el demandado, precisamente al objeto de poder fijar, como así ocurre, los

lindes de cada una de las fincas, con su debida separación, por el lugar donde debe discurrir, es por lo que esta parte debe proceder a interponer la presente demanda.

V.-

El art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de las costas, que deberán ser impuestas al demandado.

En su virtud,

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE [.....] SUPlico que, habiendo por presentado este escrito, con sus documentos y copias, se sirva admitirlo, me tenga por parte en la representación que ostento de D. [.....] y por interpuesta demanda de juicio ordinario, en ejercicio de acción reivindicatoria y acción de deslinde frente a D. [.....], emplazarle para que comparezca y conteste en plazo legal, seguir el procedimiento por sus trámites y, en su momento, dictar sentencia por la que, estimando la demanda, condene al demandado a:

A) Restituir a mi representado los doscientos metros cuadrados que le ha usurpado, situados en la parte sur de la finca de mi mandante, tal y como resulta de la documentación acompañada a esta demanda.

B) Declarar que el linde de las fincas de los litigantes, por la parte sur respecto a la del actor y norte de la del demandado, viene fijado por la acequia que aparece reflejada igualmente en las actas notariales que se han incorporado como documento, autorizando, por tanto, a mi mandante a que lleve a cabo el cerramiento de la finca por su lindero.

C) Condenar al demandado al pago de las costas.

1º OTROSÍ DIGO que al derecho de esta parte interesa, para en su momento, el recibimiento del presente pleito a prueba, a cuyo fin designa para en su día los archivos del Registro de la Propiedad de esta ciudad, Catastro municipal y protocolo del notario de esta ciudad D. [.....].

SUPlico AL JUZGADO tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos legales oportunos.

2º OTROSÍ DIGO que, amparo de lo dispuesto en el art. 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte manifiesta su voluntad de corregir cualquier defecto de carácter procesal en que pudiera haber incurrido.

SUPlico AL JUZGADO tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos legales oportunos.

En [.....], a [.....] de [.....] de [.....]

4. ANEXO IV – MODELO DE DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE...

D...Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de D. ..., lo que acredito mediante poder general para pleitos, que acepto, y acompaño a este escrito, solicitando su unión a los autos por copia concordada, ante el Juzgado comparezco, bajo la dirección letrada de D. ..., miembro del Colegio de Abogados de..., con número de colegiado..., y DIGO:

Que paso a interponer DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO SOBRE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES contra la entidad mercantil..., S.L., que tiene su domicilio en la localidad de ..., Calle ..., número..., con teléfono número..., fax número..., y con la siguiente dirección electrónica....

Invoco los siguientes

HECHOS

Primero. – El demandante.

Es actor mi principal, D...., mayor de edad, con domicilio en..., Calle..., nº...

Segundo. – Identificación de la entidad demandada.

Se dirige la demanda contra la mercantil..., cuyo domicilio y demás datos de identificación ya constan. La demandada consta inscrita en el Registro Mercantil de esta provincia, con los siguientes datos...

El capital social de la demandada está totalmente desembolsado. Es de...Euros, y está distribuido en...participaciones, de...Euros de nominales.

Todo lo anterior queda acreditado mediante ..., que acompaño como documento nº 1.

Tercero. – El actor es accionista de la entidad demandada.

Mi principal es propietario de...acciones de la demandada, representativas de un capital de...Euros es decir del...% del capital social.

Así lo acredito mediante ..., que acompaño como documento nº 2.

Cuarto. – Convocatoria de Junta General de la entidad demandada.

La demandada publicó, en fecha...en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en fecha...en el diario "...", los anuncios de convocatoria de la Junta General [*Ordinaria o Extraordinaria*] para celebrarse en fecha..., con el siguiente orden del día:

1 –

2 –

3 –

...

Así lo acredito mediante ..., que acompaño como documento 3.

Quinto. – Celebración de la Junta.

La Junta se celebró en la localidad de..., y adoptó los acuerdos siguientes:

1 –

2 –

3 –

...

Así lo acredito mediante ..., que acompaño como documento nº 4.

Sexto. – Participación del actor en la Junta.

[Indica si el actor no acudió a la Junta, o lo hizo sólo para denunciar algún defecto en la convocatoria o de un complemento de convocatoria, o alguna infracción del derecho de información, que impedían que la Junta se reuniese válidamente, si fue privado ilegítimamente de su derecho de asistencia o de voto, si asistió a la Junta y votó el acuerdo, o los acuerdos impugnados, expresando el sentido de su voto y – en caso de impugnarse algún acuerdo anulable – si hizo constar en acta su oposición al acuerdo].

Así lo acredito mediante..., que acompaño como documento nº 5.

Séptimo. – Motivos de impugnación.

[Se expresarán los que procedan, indicando las causas de impugnación. Se expresará el precepto legal o estatutario infringido y cómo se ha quebrantado, o la lesión causada a los intereses de la sociedad en beneficio de accionistas o de terceros, que se deberá justificar con detalle, indicando en qué consisten la lesión a la sociedad y el beneficio, quién ha resultado beneficiado, y cuál es la relación de causalidad entre ellos].

Lo acredito mediante..., que acompaño como documentos nº....

A los anteriores hechos son de aplicar los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 – Competencia.

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, por disponerlo así el art. 86.ter.2.a) y la Disposición adicional octava, apartado 1 de la LOPJ, tras su modificación efectuada mediante la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de junio.

La competencia territorial, por disposición del art. 52.10 de la LEC, en relación con el art. 86 bis de la LOPJ, corresponde al Juzgado de lo Mercantil de..., por cuanto la sociedad demandada tiene su domicilio social en el término municipal de..., que se encuentra dentro de su jurisdicción.

2 – Legitimación activa.

Al amparo del art. 206 de la LSC, corresponde a mi principal por ser socio de la sociedad demandada.

3 – Legitimación pasiva.

Corresponde a la sociedad demandada, al tenerlo así establecido el art. 206.3 de la LSC.

4 – Procedimiento.

De acuerdo con lo que ordena el art. 249.3 de la LEC, el procedimiento aplicable a este litigio es el juicio ordinario, que viene regulado por los arts. 399 al 436 de la LEC.

5 – Impugnabilidad de los acuerdos.

Se funda en el art. 204 de la LSC.

6 – Causas de impugnación de los acuerdos.

[Se deben invocar el art. 204 LSC, y (según proceda):

A - Los artículos legales o estatutarios concretos que se denuncian como infringidos.

B - El motivo por el que la norma infringida viene amparada por el orden público.

C - En qué consisten la lesión al interés social y el consiguiente beneficio de algún accionista o tercero].

7 – Costas.

Procede imponerlas a la sociedad demandada, en méritos de lo dispuesto en el art. 394.1 de la LEC.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITO DEL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus respectivas copias, se sirva admitirlo, tenerme por comparecido y parte en la representación, que ostento y acredito, de D. ..., y, en ella, por interpuesta demanda de impugnación de acuerdos sociales contra la entidad mercantil ..., S.L., cuyo domicilio ya consta, dictar Auto admitiendo la demanda y dar traslado de ella a la entidad demandada, emplazándole para que pueda comparecer y contestarla dentro del término legal, y, seguido que sea el juicio por todos sus trámites, dictar sentencia, en la que se efectúen los siguientes pronunciamientos:

1 – Declare la nulidad/ anulación de los acuerdos adoptados en la Junta General celebrada por la demandada en fecha....

2 – Ordene la inscripción de esta sentencia en el Registro Mercantil de esta provincia y en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y la cancelación de las inscripciones a que hayan dado lugar los acuerdos nulos o anulados en el Registro Mercantil y la de todos los asientos de la sociedad demandada posteriores a las indicadas inscripciones y que resulten contradictorios con la sentencia, y expedir mandamiento, al efecto, al Sr. Registrador Mercantil.

3 – Imponga a la entidad demandada las costas de esta instancia.

PRIMER OTROSI DIGO que designo los archivos de la entidad demandada y, especialmente, los libros de actas de la misma, y la lista de asistentes a la Junta de autos.

SOLICITO DEL JUZGADO se sirva tener por efectuada esta designa.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO que me interesa se practique la medida cautelar de anotación preventiva de esta demanda en el Registro Mercantil. Fundo la presente petición en los siguientes argumentos:

1 – La presente demanda pretende la nulidad/anulación de acuerdos sociales susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil.

2 – Me remito a los argumentos expuestos en el escrito de demanda sobre los motivos de fondo y a los documentos acompañados a la demanda, de los que resulta de manera incontrovertible la viabilidad de la demanda, en definitiva, el “*fumus boni iuris*”.

3 – Si los acuerdos impugnados se inscribiesen en el Registro Mercantil, sin que se anotase la presente demanda, se daría lugar a una apariencia de legalidad susceptible de incitar a terceros a tomar decisiones

generadoras de derechos y obligaciones, como si los acuerdos impugnados fuesen válidos, lo que impediría o dificultaría la efectividad de la tutela judicial que se otorgaría mediante una sentencia estimatoria.

La anotación preventiva de demanda protege los intereses de la sociedad y los de terceros, a quienes advierte de la pendencia de este proceso, evita hechos consumados, y es útil de cara a la ejecución de la sentencia que se dicte en esta litis.

4 – Ofrezco prestar caución en la cantidad que el Juzgado estime adecuada para responder de los eventuales daños y perjuicios que esta medida pudiese causar.

Por todo ello, e invocando los arts. 721, 723, 727.5, 728, 730 y siguientes de la LEC,

SOLICITO AL JUZGADO se sirva dictar providencia convocando una vista, con citación a la sociedad demandada, y, tras los trámites de rigor, dictar auto acordando se anote preventivamente esta demanda en el Registro Mercantil, y expidiendo el oportuno mandamiento.

TERCER OTROSÍ DIGO que me interesa la práctica de la siguiente prueba, en relación a la medida cautelar de anotación preventiva de demanda:

[Detallar]

SOLICITO AL JUZGADO se sirva tener por propuestos los medios de prueba indicados y, en su momento, disponer lo procedente para su práctica.

CUARTO OTROSÍ DIGO que me interesa la suspensión del acuerdo impugnado así como la anotación preventiva de dicha suspensión en el Registro Mercantil.

Fundo la presente petición en los siguientes argumentos:

1 – La presente demanda pretende la nulidad/anulación de acuerdos sociales susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil.

2 – Me remito a los argumentos expuestos en el escrito de demanda sobre los motivos de fondo y a los documentos acompañados, de los que resulta la viabilidad de la demanda, en definitiva, el “*fumus boni iuris*”.

3 – El acuerdo impugnado, de ser ejecutado, tendría consecuencias gravísimas e irreparables para la sociedad, sus accionistas y acreedores, así como para terceros de posible buena fe. Mientras se siguen los trámites de este procedimiento, los administradores sociales pueden ejecutar dicho acuerdo, uno de cuyos pasos consistiría en su inscripción en el Registro Mercantil, y desarrollar con todas sus consecuencias lo inválidamente acordado por la Junta General, lo que impediría o dificultaría extraordinariamente la efectividad de la tutela judicial que se otorgaría mediante una sentencia estimatoria. Es evidente el “*periculum in mora*”.

4 – Como se ha expuesto en el cuerpo de la demanda, mi principal es propietario de un...% del capital social de la entidad demandada, cuyo porcentaje excede manifiestamente del señalado en el art. 727.10 de la LEC.

5 – Ofrezco prestar caución en la cantidad que el Juzgado estime adecuada para responder de los eventuales daños y perjuicios que esta medida pudiese causar.

Invoco los arts. 721, 723, 727.6 y 10, 728, 730 y ss. de la LEC, y 157.1 del RRM,

SOLICITO AL JUZGADO se sirva dictar providencia convocando una vista, con citación a la sociedad demandada, y, tras los trámites de rigor, dictar auto acordando:

1 - La suspensión del acuerdo impugnado y requerir a sus administradores a fin de que se abstengan de ejecutar acto alguno en ejecución de dicho acuerdo, y

2 - La anotación preventiva de dicha suspensión en el Registro Mercantil, expidiendo al efecto el oportuno mandamiento.

QUINTO OTROSÍ DIGO que me interesa la práctica de la siguiente prueba, en relación a esta medida cautelar.

[Detallar]

SOLICITO AL JUZGADO se sirva tener por propuestos los medios de prueba indicados y, en su momento, disponer lo procedente para su práctica.

Lugar, fecha y firma de Letrado y Procurador.

