

TRABAJO DE FIN DE GRADO.

LA  
CONSTITUCIÓN  
DE UNA  
SOCIEDAD  
MERCANTIL  
DEDICADA A LA  
PELETERÍA.

ALUMNO: DIEGO JOSÉ PÉREZ RODRÍGUEZ.  
TUTOR: JULIO GARCÍA CAMIÑAS.

JUNIO DE 2.016.

# ÍNDICE

I). SUPUESTO DE HECHO .....	3
II) INTRODUCCIÓN.....	6
1. Introducción.....	6
2. Breve referencia a la retroactividad e irretroactividad de las normas.....	6
III) RESOLUCIÓN DEL CASO .....	7
1. Controversias en torno a la aportación de un pagaré falsificado a “Tu Piel S.L.”....	7
1.1 El pagaré.....	7
1.1 Consecuencias jurídicas desde el punto de vista del derecho cambiario. ....	8
1.3 Consecuencias jurídicas desde el punto de vista del derecho societario.....	10
1.4 Consecuencias jurídicas desde el punto de vista del derecho penal.....	14
2. Controversias en torno a la invasión de una porción de terreno de la finca colindante.....	17
2.1 Adquisición o no por “Tu Piel S.L.” de esa franja de terreno.....	17
2.1.1 La usucapión.....	17
2.1.2 La accesión invertida:.....	18
2.2. Posibles acciones del propietario de la finca colindante .....	20
2.2.1 Actuación de mala fe del constructor. ....	20
2.2.2. Acción reivindicatoria. ....	21
2.2.3. Otras acciones:.....	23
2.3. Consecuencias para Alejandro en caso de que la sociedad no hubiese adquirido la propiedad:.....	23
3. Controversias entre Teresa y Soledad:.....	25
3.1. Concepto de establecimiento mercantil: .....	25
3.2. Controversia sobre las facturas: .....	27
3.3. Controversia sobre las indemnizaciones y los salarios de tramitación. ....	30
3.4. Controversia sobre la clientela. ....	31
3.4.1. Obligación de no competencia. ....	31

3.4.2. Posibilidades de Teresa como parte perjudicada.....	33
4. Conflicto sobre los acuerdos sociales y posibilidades de actuación contra los administradores.....	33
4.1. Conflicto sobre los acuerdos sociales.....	33
4.1.1. Impugnación por vulneración del derecho de información.....	33
4.1.2. Impugnación por la vía del interés social.....	36
4.2. Posibilidades de actuación contra los administradores.....	37
4.2.1. Introducción.....	37
4.2.2. Acción social de responsabilidad:.....	38
4.2.3. Acción individual de responsabilidad:.....	39
5. Posibilidades de cobro de un acreedor de “A Tu Medida S.L.” y posibilidades de actuación.....	40
5.1. Introducción. La disolución de una S.L.....	40
5.2. Posibilidades de cobro.....	42
5.2.1. Reclamación por incumplimiento de contrato:.....	42
5.2.2. Concurso de acreedores:.....	42
5.2.3. Doctrina del levantamiento del velo:.....	43
6. Conflicto sobre la retribución del administrador:.....	45
6.1. Posibilidad de percibir los 2.000 euros mensuales:.....	45
6.2. Posibilidades de Daniel si dejase de estar de acuerdo con esa retribución.....	46
IV) CONCLUSIONES.....	47
V) BIBLIOGRAFÍA Y PÁGINAS WEB.....	50

## I). SUPUESTO DE HECHO

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

- Daniel López e Inmaculada Fernández aportaron, cada uno, 10.000 euros en efectivo.
- Adrián Gómez aportó a la sociedad un crédito a su favor documentado en un pagaré del cual era tenedor, en el que se señalaba como fecha de vencimiento el día 19 de diciembre de 2006, siendo el importe establecido en el mismo de 10.000 euros. En el pagaré figuraba como emisora la entidad “*Construcciones Manolo, S.L.*”.
- Alejandro Hernández aportó en el acto de otorgamiento de la escritura de constitución una finca de su propiedad de 1.000 m<sup>2</sup> de superficie valorada en 10.000 euros, en la cual había realizado la construcción de una nave en octubre de 1995, que los socios pretendían emplear como almacén.
- Teresa Medina aportó a la sociedad un pequeño negocio de arreglos textiles valorado en 10.000 euros, del cual era titular desde agosto del 2004. Dicha titularidad había sido adquirida como consecuencia de una compraventa efectuada a D<sup>a</sup> Soledad García, planteándose tras la misma diferentes controversias entre las partes.

Por un lado, D<sup>a</sup> Teresa se negó a hacer frente al pago tanto de una factura a nombre del establecimiento, presentada al cobro el 23 de diciembre de 2004, como al importe de 8.500 euros correspondientes a las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación de dos trabajadoras que habían sido despedidas en agosto de 2004. D<sup>a</sup> Teresa argumenta que la factura se corresponde con el importe pendiente de satisfacer por unas obras en el establecimiento realizadas entre mayo y junio, las cuales no pensaba pagar ella, al igual que el importe exigido por los despidos, alegando que en el contrato de compraventa se firmó una cláusula que establecía que “*en caso de que se exija el abono de indemnizaciones a cualquier empleado, las mismas correrán a cargo del transmitente*”.

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

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

órgano, se encuentran las de convocatoria de Junta General, y la dirección, administración y representación social.

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

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

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

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

## CUESTIONES

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

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

2.- En marzo de 2016 se descubre que, al realizar la construcción de la finca, Don Alejandro invadió 75 m<sup>2</sup> pertenecientes a la finca colindante.

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

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

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

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

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

## II) INTRODUCCIÓN

### 1. Introducción.

El presente trabajo gira en torno a la sociedad de responsabilidad limitada, que es una sociedad de capital donde el capital está dividido en participaciones sociales, y se integra por las aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. El capital social de este tipo de sociedades no puede ser inferior a 3.000 euros.

Concretamente, gira en torno a su constitución, para lo cual lo primero que hay que hacer es registrar el nombre de la empresa, solicitando al registro mercantil central el certificado negativo de denominación social (el cual acredita que no hay otra sociedad con el mismo nombre). El siguiente paso es abrir una cuenta bancaria a nombre de la empresa, ingresando el capital social mínimo, para a continuación proceder a la redacción de los estatutos sociales. Después, todos los socios deben de firmar la escritura pública de constitución ante notario. A continuación, es necesario obtener el número de identificación fiscal, darse de alta en el impuesto de actividades económicas y llevar a cabo la declaración censal. En penúltimo lugar, debe de inscribirse la sociedad en el registro mercantil de la provincia en la que se haya fijado su denominación social, para por último obtener el NIF definitivo.

### 2. Breve referencia a la retroactividad e irretroactividad de las normas.

En primer lugar, cabe decir que entre el momento en el cual se produce un hecho, y el momento en el cual dicho hecho debe de ser enjuiciado, puede transcurrir un periodo de tiempo más o menos largo. Debido a este periodo de tiempo que transcurre, la ley aplicable al caso puede sufrir modificaciones, pudiendo incluso ser derogada con el consiguiente problema de que norma se debe de aplicar al supuesto de hecho. Dicha cuestión se pone de manifiesto de manera evidente en el caso que nos ocupa.

En la actualidad, la regulación acerca de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, ya no se contiene en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, si no que aparece recogida en Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. La segunda de estas leyes, ha derogado a la primera, tal y como se pone de manifiesto en su disposición derogatoria única.

A pesar de esto, algunas de las cuestiones que se suscitan en el presente supuesto de hecho, han ocurrido con anterioridad al 1 de septiembre de 2010 (fecha de entrada en vigor de la ley), y esto implica que la solución a estos asuntos no ha de buscarse en la legislación societaria vigente en la actualidad, si no en la ley que estaba en vigor en el momento de producirse los hechos, debido al principio de irretroactividad<sup>1</sup>. Esto ocurre también con otros cuerpos legales de necesaria aplicación al caso, debiendo tenerse en cuenta esta explicación para evitar explicar en cada pregunta el motivo por el cual se aplica un artículo o una ley que en la actualidad no existen o han sido modificados.

A los efectos del presente supuesto de hecho, la única peculiaridad en relación a este asunto se da con el Código Penal, la cual explicaré brevemente cuando sea procedente su aplicación. Hay que aclarar también que no se puede afirmar que todas las leyes sean

---

<sup>1</sup> En relación al principio de irretroactividad, destacan la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de marzo de 1.982 (RTC: 1982\8), la de 11 de junio de 1.987 (RTC: 1987\99) y la de 20 de julio de 1.981 (RTC: 1981\27), entre otras.

retroactivas o que todas sean irretroactivas, ya que hay que estar a la materia en cuestión y a lo que dice cada una de las leyes, pues en principio cada norma es libre para fijar su ámbito de aplicación temporal, pero de lo que se trata aquí no es de hacer una exposición de la irretroactividad, por lo tanto en todos los conflictos que se presentan en el presente supuesto de hecho salvo en el caso en el que hay que aplicar el Código Penal( tras analizar las materias en cuestión y lo que dice cada norma), la legislación aplicable es la del momento de comisión de los hechos.

### **III) RESOLUCIÓN DEL CASO**

#### **1. Controversias en torno a la aportación de un pagaré falsificado a “Tu Piel S.L.”**

##### **1.1 El pagaré.**

En un primer momento, y dado que la primera cuestión a abordar gira en torno a un pagaré que es aportado<sup>2</sup> a la sociedad, resaltaré sus características más destacadas. Podemos definir el pagaré como “un título-valor por el cual una persona (denominada 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 título”.

El pagaré, tiene una serie de menciones obligatorias, que son las siguientes: 1. La denominación de pagaré inserta en el texto mismo del título y expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título 2. La promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada en euros o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial 3. La indicación del vencimiento 4. El lugar en que el pago haya de efectuarse 5. El nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar 6. La fecha y el lugar en que se firme el pagaré 7. La firma del que emite el título, denominado firmante 8. Por último, es necesario que se haya satisfecho el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados, mediante la incorporación del timbre<sup>3</sup> al pagaré, en los casos en que sea legalmente exigido. En principio, y ante la falta de más datos, entiendo que el pagaré del supuesto de hecho cumple todos estos requisitos.

Ahora bien, a pesar de que el pagaré puede ser librado de forma nominativa o a la orden, el hecho de que sea librado de forma nominativa no es obstáculo para que el pagaré pueda circular mediante endosos. Entra ahora en juego la cuestión de los pagarés a la orden o no a la orden. Los pagarés pueden contener la cláusula “no a la orden”, en virtud de la cual, el citado título valor no puede ser transmitido por medio de endoso<sup>4</sup>, pudiendo solo ser transmitido a través de la cesión de crédito, también denominada cesión ordinaria, la cual se regula en el artículo 24 de la LCCh, y en ella se potencia el carácter obligacional del cheque sobre su carácter de título-valor. La transmisión en el

---

<sup>2</sup> Solo pueden ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, distinguiéndose entre aportaciones dinerarias y no dinerarias.

<sup>3</sup> Su regulación se recoge en el artículo 33 de la ley del citado impuesto (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados), el cual establece la obligación de satisfacer el citado impuesto en todos los pagarés, salvo los emitidos con la cláusula “no a la orden”, en cuyo caso no será necesario. En este sentido, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2.002 (RJ: 2002\10249) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de enero de 2.014 (JUR: 2014\782).

<sup>4</sup> El endoso supone una declaración pura y simple que el actual tenedor del título (denominado endosante) inserta y firma en el documento, a través de la cual legitima a otra persona (endosatario) para ejercer los derechos que se incorporan al documento.



caso de la cesión ordinaria, se rige por los artículos 347 y 348 CdC. Frente al endoso, el firmante puede oponer al cesionario las excepciones personales que tenía contra el cedente. Además, salvo pacto expreso en contra, el cedente no responde de la solvencia del crédito. Además, en caso de que el pagaré pase a un tercero, debe notificarse esta circunstancia al firmante inmediatamente, debido a que el deudor, en tanto no le sea notificada la cesión, puede pagar al acreedor inicial y quedaría liberado de su obligación. Esta notificación, no es necesaria si nos encontramos ante un pagaré a la orden.

En el caso de que el pagaré no contenga la cláusula “no a la orden” será transmisible por endoso, al igual que si contiene la cláusula “a la orden”. Anteriormente hice referencia a la inoponibilidad de las excepciones personales en el endoso, sin embargo, esta regla general encuentra una excepción, y esta es la “exceptio doli”. La sentencia del TS de 2 de julio de 2012<sup>5</sup>, nos aporta una definición de dicho concepto, al establecer “En virtud de la remisión contenida en el art. 96 LCCh, resultan de aplicación al pagaré las excepciones cambiarias previstas en el art. 67 LCCh, y en concreto la posibilidad que se reconoce al deudor cambiario de oponer las excepciones basadas en las relaciones personales con el tenedor, así como las que tuviera frente a los tenedores anteriores si al adquirir el pagaré el tenedor hubiera procedido a sabiendas en perjuicio del deudor”. Así pues, tal y como se establece en el artículo 67 LCCh, el deudor cambiario puede oponer al tenedor las excepciones basadas en sus relaciones personales con él, pero también puede oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor. Este artículo es aplicable también al pagaré.

A la vista de que en el supuesto de hecho no se menciona la inclusión en el pagaré de la cláusula “no a la orden”, entiendo que el pagaré es transmisible por endoso, y que el endoso es pleno, pues en el caso no se menciona lo contrario. Por lo tanto, el endoso permite a su titular hacer circular el crédito que incorpora el documento.

### **1.1 Consecuencias jurídicas desde el punto de vista del derecho cambiario.**

Una vez llegada la fecha de vencimiento del pagaré, la sociedad “Construcciones Manolo, S.L., que es la firmante, no atiende al pago, manifestando no haber expedido el citado pagaré y no reconociendo la existencia de la deuda. Este es un caso muy común en derecho cambiario, y el tenedor, tiene diversas opciones para solucionar este problema. La sociedad “Construcciones Manolo, S.L.” emite un pagaré cuyo beneficiario es Adrián Gómez, y este a su vez endosa el citado pagaré a la sociedad “Tu Piel, S.L.”<sup>6</sup>. Ante la falta de pago, ¿qué opciones desde el punto de vista cambiario tiene “Tu Piel, S.L.”?

En primer lugar, el tenedor debe acreditar que ha actuado de forma diligente en el cumplimiento del deber de presentar el pagaré para su cobro. Sin embargo, este trámite no es necesario en caso de que ejercite la acción directa contra el firmante<sup>7</sup> o cuando presentado el pagaré al pago, el firmante no abone su importe haciendo constar esta circunstancia, tal y como ocurre en el presente caso al no atender la sociedad al pago no

---

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012 (RJ: 2012\7421).

<sup>6</sup> Es de destacar, que tal y como recogí anteriormente, entiendo que el pagaré es endosado, al no hacerse mención alguna a la inclusión en el pagaré de la cláusula “no a la orden”. De contener el pagaré esta cláusula, el título valor sería cedido y no endosado, con las diferencias de regulación mencionadas anteriormente.

<sup>7</sup> En este sentido, ver entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1999 (RJ: 1999\7246).

reconociendo la existencia de la deuda (de no ser así tendría que levantar el protesto). Además, tampoco será necesario en caso de concurso del firmante, o cuando en el pagaré se introduzca la cláusula “sin gastos”.

Fuera de los casos anteriores, es necesario que se levante protesto o declaración equivalente, haciendo constar la diligencia mencionada en el párrafo anterior.

Pues bien, ante la falta de pago puede ejercitar tanto acciones cambiarias como extracambiarias. En primer lugar, y por lo que respecta a las acciones cambiarias (acción directa y acción de regreso) cabe decir que la cantidad reclamada en ambos casos es la misma, consistiendo esta en el importe del pagaré, los intereses y otros gastos tales como los ocasionados por el protesto, comunicaciones... Además, cabe destacar que el artículo 67 LCCh establece una responsabilidad solidaria entre todos los obligados cambiarios frente al tenedor, pudiendo elegir el tenedor el obligado contra el cual quiere dirigirse, o pudiendo dirigirse contra todos ellos conjuntamente, sin que el hecho de elegir un obligado cambiario represente un impedimento para dirigirse contra los demás. En relación con la procedencia del juicio cambiario, hay que tener en cuenta la STS de 24 de marzo de 2.011<sup>8</sup>, que establece que el juicio cambiario es un procedimiento que la LEC establece por razón de la materia (dentro del Libro IV, dedicado a los procesos especiales) cuando «se presenta letra de cambio, cheque o pagaré que reúnan los requisitos previstos en la Ley cambiaria y del cheque» (artículo 819 LEC).

La primera de ellas, la acción directa<sup>9</sup>, es la que puede ejercitar el tenedor “Tu Piel S.L.” contra el firmante del pagaré “Construcciones Manolo S.L.”. Esta acción no prosperaría. La sociedad firmante, interpondría la siguiente excepción<sup>10</sup>: inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma (artículo 67 LCCh), ya que en el momento del vencimiento, no paga alegando que no ha firmado ningún pagaré. Finalmente se prueba que la firma estaba falsificada, por lo tanto la acción directa no triunfaría.

La otra acción cambiaria de la que dispone el tenedor, y que en mi opinión tiene una alta probabilidad de éxito en el presente caso, es la acción en vía de regreso. Esta acción es la que puede ejercitar el tenedor contra los endosantes y demás obligados. Como recogí anteriormente, lo normal para ejercitar esta acción es que se levante protesto, sin embargo en este caso no es necesario, ya que el firmante no abona el importe del pagaré haciendo constar esta circunstancia. A través de esta acción se dirigiría contra Adrián Gómez, quien aparentemente no puede oponer ninguna excepción cambiaria, de ahí que considere que el ejercicio de esta acción tiene una probabilidad de éxito muy elevada.

Las acciones extracambiarias, son la acción causal y la acción de enriquecimiento injusto. La acción causal protege el derecho del tenedor a recibir en este caso el importe del pagaré, pero su fundamento no es el pagaré en sí, sino las relaciones o negocios

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2.011 (RJ: 2011\3011).

<sup>9</sup> Para dejar clara su diferencia con la acción de regreso, es conveniente ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de febrero de 2.011 (JUR: 2011\145787).

<sup>10</sup> Con respecto a las excepciones, cabe decir que el deudor cambiado, demandado por alguna acción cambiaria, puede oponer al demandante determinados hechos o circunstancias que permiten enervar la acción ejercitada, y en esto precisamente consisten las excepciones cambiarias. El Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de enero de 2.011 (RJ: 2011\1801), dejó claro que en el juicio cambiario pueden oponerse al pago de las cantidades consignadas en los títulos cambiarios todas las excepciones susceptibles de ser opuestas al amparo del artículo 67 LCCh.

jurídicos subyacentes, y solo es ejercitable contra el sujeto que en ellos haya sido parte con el tenedor. Por lo tanto, en el presente caso, sería ejercitable por el tenedor, contra “Adrián Gómez” en base al negocio jurídico subyacente, que en este caso es un contrato de sociedad, en virtud del cual el citado sujeto se incorpora a la sociedad “Tu Piel S.L.”. Tiene una gran importancia aquí, el artículo 1.170 CC, del que se extrae que si el pagaré resultara impagado o se perjudica por culpa del tenedor, este pierde tanto la acción cambiaria como la causal, debido a que se produce también la extinción de la relación subyacente. No es este el caso, ya que el tenedor no tiene ningún tipo de culpa. No se puede ejercitar la acción cambiaria y causal simultáneamente, pero sí que se pueden plantear subsidiariamente. Es de destacar también, que esta acción presenta los mismos presupuestos para su ejercicio que la acción cambiaria en vía de regreso, por lo que no se podrá llevar a cabo la acción causal si se pierde la otra acción. Esta podría ser una buena opción a tener en cuenta por “Tu Piel S.L.”, pero debe de tener presente que tal y como recogía anteriormente, no puede ejercitar esta acción simultáneamente con la acción en vía de regreso.

La otra acción extracambiaria es la de enriquecimiento injusto. Esta es una acción residual, ya que solo puede ejercitarse cuando el tenedor haya perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y tampoco pueda llevarse a cabo la acción causal. Está prevista principalmente para los casos de letra perjudicada o caducada, aunque la ley parece que la extiende también a los casos en que se pierde la acción cambiaria directa. Una cuestión a tener en cuenta, es que la acción en vía de regreso puede perderse por no levantar el protesto notarial cuando es necesario, no presentar al pago el pagaré... sin embargo la acción directa solo se pierde por la prescripción. Por lo tanto, tal y como establece el artículo 65 LCCh, cuando se pierden todas las acciones descritas anteriormente, el tenedor puede resarcirse ejercitando esta acción contra el obligado que se haya enriquecido en perjuicio del tenedor.

La Sentencia TS de 31 de enero de 1.986<sup>11</sup>, establece respecto a la naturaleza de esta obligación, que exige “en equilibrio de los intereses jurídico económicos en juego, la satisfacción o pago de lo debido y la correlativa compensación en la desajustada ecuación enriquecimiento-empobrecimiento producida por la inactividad en el cumplimiento de sus compromisos por el deudor”. Hay que añadir también, que no se puede ejercitar contra cualquier obligado cambiario, solo contra el que se hubiera lucrado en perjuicio del tenedor. Además destacar que es el demandante el que debe de probar el lucro obtenido por el demandado<sup>12</sup>. Debido a su carácter residual, esta acción difícilmente va a ser aplicable al caso.

### **1.3 Consecuencias jurídicas desde el punto de vista del derecho societario.**

En primer lugar, cabe decir que Siguiendo a Rafael La Casa García<sup>13</sup>, una aportación será real cuando el objeto de dicha aportación haya entrado en el patrimonio de la sociedad. Cabe añadir, que una aportación in natura no será real cuando el objeto de esta sea un bien inexistente o fuera del comercio, el socio no haya atribuido a la sociedad el objeto de su aportación o la sociedad no llegue a alcanzar la posesión de la cosa aportada por no ser el aportante propietario del bien aportado. En base a esto, puedo afirmar que la aportación realizada por Adrián Gómez no es real, ya que el derecho de

---

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1.986 (RJ: 1986\443).

<sup>12</sup> Respecto a los requisitos del enriquecimiento injusto, ver Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2.010 (RJ: 2010\7134).

<sup>13</sup> LA CASA GARCÍA, RAFAEL, Responsabilidad y aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada, Marcial Pons, 2.008 pp. 80-94.

crédito es inexistente, al resultar probado que Adrián falsificó el pagaré, así como que no existe ningún derecho de crédito a su favor, ya que no ha llevado a cabo ninguna relación comercial con la primera sociedad.

Con respecto al caso de que el bien sea inexistente o se encuentre fuera del comercio, podemos citar a modo de ejemplo, una aportación completamente simulada. En este sentido cabe ver la sentencia del TS de 10 de octubre de 2002<sup>14</sup>.

Una vez aclarado que nos encontramos ante una aportación que no es real, es hora de esgrimir responsabilidad y consecuencias. En primer lugar, cuando se produce la falta de realidad o la sobrevaloración<sup>15</sup> de aportaciones no dinerarias, quiere decir que dichas aportaciones no se encuentran correctamente desembolsadas, y el artículo 4 LSRL, establece que el capital social ha de estar completamente desembolsado desde el origen. Esto nos lleva a que el artículo 16 de esa misma ley, prevé como causa de nulidad<sup>16</sup> de la sociedad el hecho de que no se haya desembolsado íntegramente el capital social. En base a estos preceptos legales, la sociedad “Tu Piel S.L.” sería nula, ya que el capital social no se encuentra íntegramente desembolsado en el momento inicial. Sin embargo, y como es habitual en la práctica, puede evitarse que la sociedad sea declarada nula, es decir, estamos ante un defecto subsanable. Los socios, cuando se dé el supuesto de nulidad mencionado desembolsarán la parte del capital pendiente de desembolso, tal y como recoge la obligación contenida en el artículo 17.3 LSRL<sup>17</sup>.

Hay que destacar, que no se establece una regulación clara y concisa en relación a este asunto, pudiendo estos supuestos dar lugar tanto a la nulidad de la sociedad como a la subsanación del defecto utilizando la vía del artículo 39 LSA o del artículo 21 LSRL, las cuales comentaré posteriormente. En caso de triunfar estas últimas vías, la sociedad no será declarada nula. Tampoco será declarada nula la sociedad si antes de que adquiera firmeza la sentencia judicial que declara la nulidad de la sociedad se lleva a cabo el desembolso íntegro del capital social.

En caso de no subsanarse la causa de nulidad, recaerá una sentencia sobre el caso y pasará a llevarse a cabo la liquidación de la sociedad según lo previsto en la propia ley para los supuestos de disolución de la sociedad. Durante la liquidación, se mantendrá vigente la responsabilidad establecida en el artículo 21 LSRL por la realidad y la valoración de las aportaciones no dinerarias, siendo a los liquidadores a quienes corresponde en este caso el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Una vez explicadas las posibles consecuencias, toca depurar responsabilidades. Pues bien, tanto el artículo 21 LSRL como el 39 LSA, recoge a una diversidad de sujetos<sup>18</sup> que deben de responder en el caso de que alguna aportación no dineraria de las

---

<sup>14</sup> Sentencia del TS de 10 de octubre de 2002 (RJ: 2002\9977). En este sentido también resulta interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 18 de diciembre de 2015 (JUR: 2016\26865), donde se paga con un recibo falso, y por lo tanto inexistente.

<sup>15</sup> En relación con la sobrevaloración de aportaciones no dinerarias, ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 2 de enero de 2002 (JUR: 2002\70308).

<sup>16</sup> A este respecto, resulta necesario destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2007 (RJ: 2007\4701), establece “las causas de nulidad o bien concurren en el momento de la constitución, o ya no pueden producirse con efectos retroactivos al momento de constituirse la sociedad”.

<sup>17</sup> Esta obligación se mantiene para los socios aún en el caso de que la sociedad sea finalmente declarada nula, ya que hay que atender al pago a los acreedores.

<sup>18</sup> LA CASA GARCÍA, RAFAEL, Responsabilidad y aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada, cit, pp. 119-169.

realizadas sea irreal, y ahora voy a pasar a explicar cómo se conectan ambos regímenes de responsabilidad, así como el orden de exigencia.

En primer lugar, el artículo 21 LSRL<sup>19</sup> recoge que los fundadores, las personas que ostenten la condición de socio<sup>20</sup> en el momento de acordarse el aumento de capital y quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura. También responderán solidariamente los administradores por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 74.3 de esta Ley y el valor real de las aportaciones no dinerarias.

Por su parte, el artículo 20 LSRL remite al artículo 39 LSA, el cual en relación con el derecho de crédito (que es el tipo de aportación que interesa en este caso), establece que el aportante responderá de la legitimidad del derecho de crédito y de la solvencia del deudor.

Pues bien, en el presente caso el aportante tiene que responder de la legitimidad, mientras que los sujetos anteriormente mencionados en el artículo 21 LSRL tiene que responder de la realidad de la aportación de ese derecho de crédito. Es cierto que la ley no establece una prelación entre ambas acciones, pero la doctrina recomienda que la sociedad se dirija en primer lugar contra el aportante del derecho de crédito, a través de la acción de responsabilidad por la legitimidad del crédito que se aporta. Por lo tanto, en el presente caso, la sociedad se dirigiría en primer lugar contra Adrián Gómez.

Este orden de exigencia de responsabilidad parece lógico, toda vez que Adrián Gómez es el principal culpable de que el capital social no se encuentre íntegramente desembolsado. Lo que se persigue con estas responsabilidades es salvaguardar el principio de integración.

En relación con la responsabilidad derivada de la legitimidad del derecho de crédito, esta no puede ser modificada por las partes, es decir, no queda a su disposición, por lo que no pueden reducirla ni excluirla. Que el derecho de crédito sea legítimo, quiere decir que existe y pertenece a Adrián Gómez, y esto no sucede, por lo tanto el derecho de crédito no es real, produciendo que nazca también la responsabilidad del artículo 21 LSRL<sup>21</sup>.

Esto por lo que respecta a la responsabilidad del aportante, que es la principal vía de la que dispone la sociedad, sin embargo también puede actuar por la vía del artículo 21 LSRL. Los sujetos responsables dependen del momento en el que se haya llevado a cabo la aportación no dineraria. En el caso que nos ocupa, los sujetos que deben de responder son los fundadores, ya que la aportación del derecho de crédito se produce en

---

<sup>19</sup> Hay que tener en cuenta que el propio artículo 21 LSRL, establece que estarán exentos de la responsabilidad solidaria, los socios cuyas aportaciones no dinerarias hayan sido valoradas por el experto independiente en los términos recogidos en la LSA.

<sup>20</sup> Cabe destacar, que tal y como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 20 junio del 2.000 (JUR: 2000\269776) no es suficiente para que los socios eviten su responsabilidad que se cumplan los requisitos formales exigidos para las aportaciones no dinerarias, pues de lo que se responsabiliza a los socios es de la realidad del valor atribuido en la escritura.

<sup>21</sup> En caso de insolvencia del deudor, el aportante debería de responder también, sin embargo no responderían los sujetos del artículo 21 LSRL, ya que el derecho de crédito existe.



el momento de constitución de la sociedad. Esto significa que los 5 fundadores<sup>22</sup> que se mencionan en el supuesto de hecho deben de responder por la realidad de la aportación no dineraria. Pudiera pensarse que, además, Adrián Gómez tendría que sumar a las responsabilidades ya citadas la derivada de su condición de adquirente de participaciones sociales desembolsadas (defectuosamente) mediante aportaciones no dinerarias, sin embargo la doctrina entiende que el legislador está pensando en sujetos que adquieren dichas participaciones de forma derivativa y no originaria, es decir, en un momento diferente al de la constitución de la sociedad. Podría pensarse en relación a la responsabilidad de los fundadores, que estos van a tener que responder por un perjuicio causado exclusivamente por el aportante, al aportar a la sociedad un derecho de crédito no legítimo, sin embargo, el comportamiento llevado a cabo por los fundadores favorece que el capital social no se encuentre íntegramente desembolsado, ya que llevan a cabo un incorrecto desarrollo de su labor de gestión<sup>23</sup> que como fundadores les corresponde en el proceso fundacional, siendo esta la causa principal por la que estos sujetos deben de responder en virtud del artículo 21 LSRL.

La acción de responsabilidad prevista en el artículo 21 LSRL deberá ser ejercitada<sup>24</sup> por los administradores o por los liquidadores, pudiendo ser ejercitada también por cualquier socio que haya votado en contra del acuerdo siempre que represente al menos el 5 % de la cifra del capital social y por cualquier acreedor en caso de insolvencia de la sociedad. Hay que destacar que se trata de una única acción que se dirige contra una pluralidad de sujetos, y que no puede ser ejercitada si ya se ha producido la completa integración del capital social, por lo que si al dirigirse en un primer momento contra el aportante por la vía del artículo 39 LSA, la sociedad consigue que su capital se encuentre completamente integrado, no cabría acudir a la vía del artículo 21 LSRL. Esto se explica porque lo que se persigue con la citada acción es la completa integración del capital social, y no resarcir los posibles perjuicios ocasionados a socios o acreedores.

En cuanto a los sujetos legitimados para el ejercicio de la acción, en primer lugar se encuentran los administradores y los liquidadores, sin que sea necesario para que la ejerciten ningún acuerdo de la junta general. Obviamente lo que interesa a efectos del presente caso es la legitimación de los administradores, ya que los liquidadores solo estarían presentes en el caso de disolución de la sociedad, y no es el caso de “Tu Piel S.L.”. El precepto legal dice que tienen la obligación de ejercitarla, obligación que no establece en relación a los demás legitimados. Estamos ante un “supuesto de laboratorio”, ya que normalmente los administradores son al mismo tiempo fundadores o han sido nombrados por estos, por lo que no tiene mucho sentido que ejerciten la acción de responsabilidad en su propio perjuicio o en perjuicio de quien los nombró. Sin embargo, como estamos ante una responsabilidad solidaria, el artículo 1.144 CC, permite dirigir la acción de responsabilidad únicamente contra el que no realizó correctamente el desembolso, es decir, contra Adrián Gómez, lo que daría algo más de verosimilitud al asunto al no perjudicar al resto de fundadores, sin embargo no hay que olvidar que Adrián Gómez es también fundador y por lo tanto intervino en el nombramiento de los administradores, por lo que seguiría siendo difícil ver este supuesto en la vida real.

---

<sup>22</sup> Se entiende por fundador a aquel que participa en el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad y asume una parte de su capital.

<sup>23</sup> Esto es, los fundadores tienen la obligación de comprobar la realidad del desembolso de las aportaciones no dinerarias, corroborando que estas ingresan en el patrimonio de la sociedad.

<sup>24</sup> LA CASA GARCÍA, RAFAEL, Responsabilidad y aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada, cit, pp. 177-187.

Con respecto a los otros dos legitimados, con independencia de los requisitos que deban de acreditar, ni la sociedad está en un estado de insolvencia en el momento que se plantea el conflicto con el pagaré, ni estamos ante un aumento del capital social, por lo que no cabe realizar pronunciamientos acerca de ellos.

En definitiva, la primera vía que tendría la sociedad sería la del artículo 39 LSA, que es la primera que debe de ejercitar, y solo en el caso de que el capital social no resulte completamente integrado por esta vía puede acudir a la del artículo 21 LSRL, ya que como bien he dicho no cabe la acción de responsabilidad si capital social está completamente integrado.

#### **1.4 Consecuencias jurídicas desde el punto de vista del derecho penal.**

Nos encontramos con que Adrián ha falsificado un pagaré y lo ha aportado a una sociedad, por lo tanto esta actuación también tiene consecuencias penales.

En primer lugar, hay que analizar la falsificación del pagaré. Estamos ante un delito de falsedad<sup>25</sup> documental, y en este delito existe una discusión acerca de cuál es el bien jurídico protegido, estando dividida la doctrina entre si lo que se protege es la seguridad del tráfico jurídico, o las funciones de los documentos en el citado tráfico jurídico (estas son la función de perpetuación, garantía y función probatoria). Parece que lo más adecuado es considerar válida la segunda opción, de tal forma que serán conductas penalmente relevantes, las que priven al documento de su capacidad de perpetuación, las que rompan su autenticidad, tal y como ocurre en el presente caso, y las que supongan una falta de concordancia entre el contenido del documento y la realidad.

Una vez dejado claro que estamos ante un delito de falsedad documental, hay que ver la clase de documento ante el que nos encontramos, ya que influirá en las consecuencias de la conducta. Este delito puede recaer sobre documentos públicos, oficiales, mercantiles y privados. En este caso estamos ante un documento mercantil, ya que son mercantiles los documentos elaborados conforme al CdC, y que por tanto hacen constar derechos definidos en la legislación mercantil. En la doctrina y en la jurisprudencia no está completamente claro el concepto de documento mercantil, sin embargo, lo que sí que está claro es que los títulos-valores son documentos mercantiles, por lo que en este caso no hay ninguna duda.

En virtud de lo anterior, no hay duda que estamos ante un delito de falsedad en documento mercantil.

Por otro lado, hay que analizar el delito de estafa<sup>26</sup>. Cometa estafa, el que con ánimo de lucro, utilice engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno. En este delito, el bien jurídico protegido es el patrimonio, existiendo división acerca de que debe entenderse por patrimonio. Sin embargo, en el presente supuesto de hecho no hay duda que el patrimonio de la sociedad resulta perjudicado, cualquiera que sea el concepto de patrimonio que utilicemos.

---

<sup>25</sup> Es importante dejar claro la diferencia entre falsedad y falsificación. Puede entenderse que la falsedad es el género, y la falsificación la especie. Falsificar consiste en elaborar algo a imitación de un modelo, y la falsedad es la cualidad del objeto así elaborado.

<sup>26</sup> En relación al delito de estafa destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2.014 (RJ: 2014\6797) y la de 2 de septiembre de 2.015 (RJ: 2015\3974), entre otras.

Pues bien, lo que se produce aquí, son dos delitos, uno de falsedad en documento mercantil, ya que falsifica el pagaré, y otro delito de estafa, al estafar Adrián a la sociedad “Tu Piel S.L.”. Adrián, con ánimo de lucrarse, utiliza engaño bastante para producir error en la sociedad, ya que el pagaré tenía apariencia de verdadero, induciendo a la sociedad a realizar un acto de disposición en perjuicio propio, ya que le entrega a Adrián unas participaciones sociales valoradas en 10.000 euros. Por lo tanto no cabe ninguna duda en relación a si la estafa está en grado de tentativa o consumada, pues se aprecia que está consumada al producirse efectivamente el acto de disposición patrimonial por parte de la sociedad.

Alguien podría pensar que Adrián también está estafando, o cuanto menos intentando estafar a “ Construcciones Manolo, S.L.”, sin embargo, no se dan los elementos de la estafa, ya que ni utiliza engaño, ni pretende producir un error en esta sociedad, ni induce ni pretende inducirla a realizar un acto de disposición. Por lo tanto no cabe duda, que en este caso no es posible apreciar la estafa ni la tentativa de estafa.

La relación que se produce entre ambos delitos es la propia del concurso medial, que se produce cuando una infracción penal es medio necesario para cometer la otra, tal y como ocurre en el presente caso, en donde se utiliza la falsificación del pagaré para llevar a cabo el delito de estafa. Más adelante justificaré mi respuesta.

La siguiente duda que puede surgir es qué legislación se debe de aplicar al caso, y estas dudas surgen por la existencia del principio de irretroactividad de la ley penal. En virtud del artículo 9.3 de la CE, en materia penal se debe de aplicar la ley del momento de comisión del hecho delictivo salvo que la legislación posterior sea más favorable.

En caso de que aplicásemos el CP en el momento de comisión de los hechos, es decir, en el año 2.006, los artículos a aplicar serían el 250.1.3 CP y el artículo 392 CP en relación con el artículo 390.1.2 CP. Con respecto al delito de estafa cometido, cabe decir que de aplicar esta legislación, estaríamos aplicando un tipo agravado de estafa, el cual ya no existe en la actualidad por haber sido eliminado por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio y que se preveía para estafas realizadas entre otros documentos, con pagarés. Respecto a la relación existente entre ambos delitos, el TS en sus sentencias de 6 de marzo de 2.007<sup>27</sup> y 15 de febrero de 2.002<sup>28</sup> establece que las estafas cometidas a través de pagarés han tenido tres soluciones en la jurisprudencia.

1. Por un lado, la teoría de la consunción, en virtud de 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 art. 8-3º del Código Penal en favor del tipo de estafa agravado del art. 250-1-3º.
2. Doctrina del concurso medial entre la falsedad y la estafa agravada del art. 250-1-3º a resolver por la aplicación de las reglas del concurso medial entre ambas figuras y con aplicación del art. 77 del Código Penal.
3. Doctrina de la autonomía de ambas figuras y en particular, manteniendo el disvalor específico de la falsificación, independientemente de su posterior uso

---

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2.007 (RJ: 2007\3247)

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2.002 (RJ: 2002\3180).



para estafar. En cuyo caso se estaría en un concurso medial entre la falsedad y la estafa básica del art. 248, sin aplicación del supuesto del núm. 3 del art. 250 porque el disvalor de la falsificación ya queda sancionado con la autónoma punibilidad de la falsedad.

El pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo, siguiendo el acuerdo de 8 de marzo de 2.002<sup>29</sup>, se decantó por la segunda de las posibilidades. Tal y como establece el TS, cualquiera de las otras dos soluciones no tendrían en cuenta correctamente que estamos ante un pagaré falsificado, o daría el mismo tratamiento al que falsifica un pagaré para llevar a cabo la estafa que al que lo utiliza sin falsificar. Por lo tanto estaríamos ante un concurso medial entre los artículos citados anteriormente.

Pero tal y como he recogido anteriormente, en 2.010 desaparece la modalidad agravada de la estafa, por lo que de aplicar el Código tal y como se encuentra en la actualidad, los artículos aplicables serían el 392.1 CP en relación con el 390.1.2º CP y el 249 CP en relación con el 248.1 CP. El TS<sup>30</sup> ha dicho acerca de la relación entre ambos delitos que la falsificación de documento privado queda absorbida por la estafa, porque el perjuicio buscado por aquella falsificación es el mismo que el perseguido por la estafa. Si la falsificación es de documento público, oficial o mercantil<sup>31</sup>, se ocasiona un daño distinto del patrimonial, relativo a la quiebra de la confianza en la eficacia probatoria de dichos documentos, por lo que habría un concurso ideal-medial.

Pues bien, a la vista de esta explicación, para saber que legislación debemos de aplicar hay que acudir al artículo 77 del CP, que regula el concurso medial (que es el aplicable optemos por la regulación que optemos) y que ha sido modificado por la ley orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Aparentemente es más favorable la regulación actual, ya que en virtud del nuevo<sup>32</sup> concurso medial no hay que aplicar la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, pero habría que atender a la aplicación que haga el juez de la nueva redacción del artículo 77 CP, ya que tiene que imponer una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto para la infracción más grave, por lo que sin saber la pena que aplicaría a este caso no es posible asegurar que sea más favorable la legislación actual, pero en principio sí.

---

<sup>29</sup> Acuerdo de 8 de marzo de 2.002 (JUR:2002\132119).

<sup>30</sup> En relación a esta cuestión, destacan entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2.009 (RJ: 2009\1542), la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1.998 (RJ: 1998\10319) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2.008 (RJ: 2008\5482).

<sup>31</sup> En relación al concepto de documento mercantil, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2.012 (RJ: 2013\468) y la de 17 de febrero de 2.015 (RJ: 2015\1779).

<sup>32</sup> En relación a este asunto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2.015 (RJ: 2015\6438), establece: “El nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo”.

## 2. Controversias en torno a la invasión de una porción de terreno de la finca colindante.

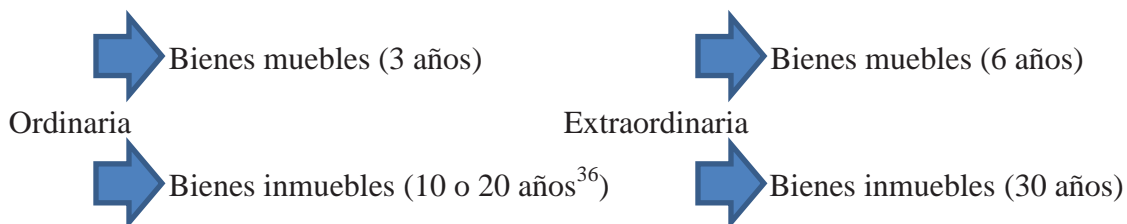
### 2.1 Adquisición o no por “Tu Piel S.L.” de esa franja de terreno.

#### 2.1.1 La usucapión.

En el segundo conflicto que se nos plantea en el presente supuesto de hecho, nos encontramos con que Alejandro Hernández, uno de los fundadores, aporta<sup>33</sup> a la sociedad un bien inmueble, concretamente una finca. En dicha finca había realizado la construcción de una nave, que los socios pretendían utilizar como almacén, ocurriendo que en el año 2016 se descubre que al realizar la citada construcción, Alejandro Hernández invadió 75 metros cuadrados pertenecientes a la finca colindante. Por lo tanto, lo que se plantea es si la sociedad habría adquirido o no la propiedad<sup>34</sup> de dicha franja de terreno.

La sociedad en principio no adquiere dicha franja de terreno, y esto se debe a que se ha probado que los citados 75 metros cuadrados pertenecen a la finca colindante. A pesar de esto, sería posible que la sociedad adquiriese la propiedad a través de la usucapión, pero esto no sucede al no darse los requisitos que expongo a continuación.

El artículo 609 CC nos dice que la propiedad puede adquirirse por medio de la prescripción, y el término usucapión<sup>35</sup> es sinónimo de prescripción adquisitiva. Podemos definir la usucapión como un modo de adquirir la propiedad y ciertos derechos reales limitados, a través de la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida durante el tiempo establecido en la ley. Hay varias clases de usucapión.



Por un lado, la ordinaria requiere buena fe del poseedor y justo título. Los plazos son los recogidos anteriormente. Con respecto a la extraordinaria, se prescinde tanto de la buena fe como del justo título. Son requisitos comunes a ambas clases, que la posesión sea en concepto de dueño<sup>37</sup>, pública, pacífica e ininterrumpida. Con respecto a quien puede llevar a cabo la usucapión, según el artículo 1.931 CC, pueden adquirir bienes o derechos por prescripción las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos, por lo tanto la sociedad del presente caso podría hacer valer la usucapión.

---

<sup>34</sup> El artículo 348 CC, define la propiedad del siguiente modo: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”.

<sup>35</sup> La usucapión se funda en el abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, siendo su aplicación por parte de los tribunales restrictiva, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2.008 (RJ: 2008\4481).

<sup>36</sup> Entre presentes 10 años y entre ausentes 20 años, en el actual supuesto de hecho, la situación discurre entre presentes.

<sup>37</sup> En relación con la posesión en concepto de dueño, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2.014(RJ: 2014\5633) establece que supone la tenencia de una cosa por una persona, o el disfrute de un derecho unidos a la intención de hacer la cosa o derecho propios.

Tampoco habría ningún inconveniente en hacerla valer frente al propietario de la finca colindante, ya que en principio dicho sujeto no se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 34 LH.

Una vez destacados los principales rasgos de la usucapión, voy a explicar los motivos por los cuales la sociedad no puede adquirir la franja de terreno conflictiva por medio de la usucapión. En relación con la usucapión ordinaria (obviamente me estoy refiriendo a la de bienes inmuebles, ya que el conflicto no gira en torno a un bien mueble), serían necesarios 10 años, requisito que se cumple, sin embargo no se da el justo título que junto a la buena fe son necesarios para hacer valer la usucapión ordinaria. El justo título<sup>38</sup>, según el artículo 1952 CC es el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate. A pesar de que la sociedad haya adquirido el terreno en su totalidad en virtud del contrato de sociedad celebrado con Alejandro Hernández, al título que hay que atender es al del primer poseedor, es decir al de Alejandro, el cual estaba ocupando esa franja de terreno sin justo título. Por lo tanto, no podría recurrir a la usucapión ordinaria al no cumplir este requisito. En relación a la buena fe, el artículo 1950 CC, establece que la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio. No tenemos datos acerca de esta cuestión, sin embargo la buena fe se presume, por lo que mientras no se diga en el caso lo contrario, entenderé que hay buena fe.

Con respecto a la otra posibilidad que tendría, la usucapión extraordinaria, no alcanza el plazo de 30 años necesario. En relación a los plazos, me gustaría aclarar que tal y como establece el artículo 1960.1 CC<sup>39</sup>, el poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante. A pesar de esto, no llegaría al plazo de 30 años necesario, y hay que destacar que este artículo opera tanto con respecto a la usucapión ordinaria como con la extraordinaria. Por lo tanto la sociedad no habría adquirido la propiedad de la citada franja de terreno.

### ***2.1.2 La accesión invertida:***

La única oportunidad que tendría para alcanzar la propiedad de esa porción de terreno, será a través de la llamada accesión invertida o construcción extralimitada. El punto de partida se encuentra en el CC, concretamente en el artículo 353 y siguientes, que regulan el derecho de accesión, en particular, los que regulan la accesión de mueble a inmueble. Pues bien, siguiendo el número 94 del Boletín de Propiedad Horizontal<sup>40</sup> la construcción extralimitada es aquella que se realiza en terreno propio, pero ocupando parte de un terreno ajeno por cualquier causa. No presenta ningún problema el hecho de que la parte de la construcción que se extiende a la finca colindante se pueda separar sin causar ningún perjuicio a dicha construcción, pues en este caso se aplicarían las reglas de la accesión continua de los artículos 358 y siguientes del CC, sin embargo, esto no es lo que sucede en el presente supuesto de hecho.

Cuando la parte construida en terreno ajeno no puede ser separada o derribada sin causar un grave perjuicio a la construcción (como sucede en este caso con la nave) nos encontramos con el problema de que el CC no ofrece solución a esta clase de supuestos,

---

<sup>38</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2007(RJ: 2007\8260), entiende el justo título como “aptitud en abstracto para haber producido la adquisición del derecho de propiedad u otro real”

<sup>39</sup> En relación a esta cuestión, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007 (RJ: 2007\4001), se pronuncia sobre la accessio possessionis.

<sup>40</sup> Número 94 Boletín de Propiedad Horizontal (abril 2009).

por lo que la solución ha de buscarse en las interpretaciones llevadas a cabo por los tribunales en base al punto de partida anteriormente citado. Concretamente, la STS<sup>41</sup> de 21 de noviembre de 2006, aporta el concepto de accesión invertida, al tiempo que establece que es un concepto creado por la jurisprudencia, que se fundamenta en la aplicación del artículo 361 CC, que no es aplicable directamente a estos supuestos<sup>42</sup>. Además, en virtud de la STS<sup>43</sup> de 7 de noviembre de 1995, podemos afirmar que su justificación se debe a razones de política económica y social, así como de vecindad, produciéndose la inversión del principio “solo cedit superficie”.

Los requisitos para su ejercicio<sup>44</sup>, han sido fijados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El punto de partido jurisprudencial en esta materia, es la STS de 31 de mayo de 1949<sup>45</sup> la cual establece con claridad que lo accesorio sigue a lo principal, estableciendo que debe de tenerse esto en cuenta cuando la construcción realizada sea de mayor valor e importancia que la porción de terreno invadida de buena fe.

Con respecto a los requisitos, estos son los siguientes:

1. Que el edificio se haya construido en suelo propio del constructor (o edificante) y, en parte en suelo ajeno. El terreno ajeno, lógicamente, debe de ser colindante al terreno del constructor.
2. Que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible. En relación con este asunto, la STS de 27 de enero del 2000<sup>46</sup>, establece que la indivisibilidad puede hacer referencia a imposibilidad física, dificultad arquitectónica para llevar a cabo la separación o al gran perjuicio económico que puede suponer la citada división.
3. Que el edificio en su conjunto tenga un valor económico superior al valor del suelo invadido<sup>47</sup>.
4. Que haya buena fe<sup>48</sup> por parte del constructor o incorporante. El constructor debe de ignorar que el terreno sobre el cual está llevando a cabo la construcción

---

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2.006 (RJ: 2006\8076).

<sup>42</sup> En la accesión invertida el suelo ajeno que se ha utilizado pasa a ser propiedad del dueño de la construcción, quien a cambio debe de pagar un precio. Puede pensarse que se llega a esta conclusión a través de la aplicación mutatis mutandis de la parte final del artículo 361 CC, que establece “obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno”, sin embargo esto no es así, ya que en el extracto citado se reconoce al dominus soli un derecho potestativo que le permite tomar la decisión al respecto, mientras que en la accesión invertida el dominus soli no tiene ningún tipo de iniciativa, ya que la solución viene impuesta por la invasión del terreno llevada a cabo por el constructor. En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2.013 (RJ: 2013\3500), que establece que la accesión invertida no es sino la ejecución forzosa del artículo 361 CC.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1.995 (RJ: 1995\8079).

<sup>44</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2.013 (RJ: 5281\2013), establece que quien ejercite la acción contradictoria del dominio tiene que entablar previa o simultáneamente la acción de rectificación registral.

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1.949 (RJ: 1949\721).

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2.000 (RJ: 2000\126).

<sup>47</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1.985 (RJ: 1985\5582), entiende este requisito como una notoria plusvalía de lo construido respecto del terreno ocupado con dicha construcción. En este caso, no hay suficientes datos para saber si este requisito se cumple o no, de no cumplirse no cabría la accesión invertida.

no es de su propiedad<sup>49</sup>. Hay que dejar claro, también, que la buena fe se presume.

5. Inexistencia de relaciones contractuales entre el constructor y el dueño del suelo parcialmente invadido.
6. Que quien pretenda la accesión invertida sea titular dominical de lo edificado.

En el supuesto de que se cumplan los requisitos anteriormente citados, el constructor adquirirá la propiedad del terreno invadido, naciendo para el propietario un derecho de crédito, el cual incluye tanto el valor del terreno invadido, como la pérdida de valor<sup>50</sup> del terreno restante como los daños y perjuicios<sup>51</sup> que se le hayan causado como consecuencia de la accesión invertida. Pudiera pensarse que el derecho de crédito solo debería de incluir el valor del terreno ocupado, sin embargo por aplicación del artículo 1.902 CC así como del principio de equidad, engloba todos estos conceptos.

Por lo tanto, si se cumplen todos estos requisitos, y el constructor ha actuado de buena fe, la sociedad sí que podría adquirir esa franja de terreno. Pudiera pensarse que es al constructor al que le corresponde el ejercicio de la accesión invertida así como el pago de la correspondiente indemnización, sin embargo esto no es así, ya que la actual propietaria del terreno es la sociedad, siendo esta la que puede acceder a la propiedad de esa franja de terreno, obviamente, el constructor al no ser ya propietario no puede acceder a esa propiedad. Cuestión distinta es que una vez pagada la indemnización, la sociedad pueda repetir contra la persona que le ha transmitido la propiedad de la finca, es decir, la sociedad. Dicha repetición la expondré en el último punto de la presente pregunta.

## **2.2. Posibles acciones del propietario de la finca colindante**

### ***2.2.1 Actuación de mala fe del constructor.***

Cómo he establecido anteriormente, siempre que se cumplan todos los requisitos de la accesión invertida, la sociedad puede adquirir la propiedad de esos 75 metros cuadrados, a cambio de satisfacer el citado derecho de crédito al propietario del terreno colindante, pero ¿Qué pasa si el constructor ha actuado de mala fe?

Cabe mencionar que no solo es posible que sea el constructor el que ha actuado de mala fe, si no que la mala fe puede estar presente en algunos casos tanto en el constructor como en el propietario de la finca colindante. En este segundo caso, todo hace indicar que cuando ambos han actuado de mala fe, la mala fe se neutraliza, pero solo a efectos de la accesión, no la sana de su carácter y la convierte en buena fe a los demás efectos,

---

<sup>48</sup> Esta buena fe, es incompatible con la oportuna oposición del propietario invadido, tal y como establecen entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo 11 de marzo de 1.985 (RJ: 1985\1137) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.984 (RJ: 1984\4750).

<sup>49</sup> En relación con esta cuestión, hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1.978 (RJ: 1978\1815).

<sup>50</sup> Tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1.995 (RJ: 1995\9601), no cabe tener en cuenta en este concepto, el lucro cesante, en el sentido de incluir en la indemnización los perjuicios derivados de expectativas negociales de posible edificación.

<sup>51</sup> En este sentido destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1.993 (RJ: 1993\5409).

sino que subsiste como mala fe y le son aplicables todas las consecuencias que se derivan de ella<sup>52</sup>.

En el presente caso, no parece aparentemente que ambos hayan actuado de mala fe (sin embargo recojo la consecuencia en caso de que lo hubiesen hecho), por lo tanto, lo verdaderamente importante son las consecuencias en caso de que el constructor haya actuado de mala fe. En este caso, a pesar de que se le satisface al propietario del terreno colindante el derecho de crédito, este no queda enteramente satisfecho, ya que se ha llevado a cabo una expropiación ilícita. Ante esta situación se presentan varias alternativas:

1. El propietario del terreno que se invade puede elegir entre el derecho de crédito antes mencionado o la demolición de lo edificado acompañada de una indemnización de daños y perjuicios.
2. El propietario puede adquirir el citado derecho de crédito, o adquirir todo el edificio mediante una compensación al constructor, cuya cantidad será fijada judicialmente.
3. Puede exigir el derecho de crédito, más el aumento de valor de la construcción por haberse extendido a un terreno que no era propiedad del constructor.
4. El constructor puede adquirir una servidumbre forzosa sobre el terreno invadido, previa indemnización.

A estas conclusiones se llega a partir de la aplicación analógica de los artículos del CC sobre accesión normal, concretamente aplicando analógicamente aquellos que regulan sus consecuencias. Esto es lo que puede hacer el propietario de la finca colindante en caso de que el constructor haya actuado de mala fe, sin embargo, lo normal es que la sociedad alegue la accesión invertida por medio de la reconvención, ya que si el perjudicado no ejercita previamente ninguna acción, nada impide que la sociedad pueda seguir disfrutando a su antojo de esa porción de terreno. Por lo tanto, lo lógico sería que el perjudicado ejercitase primero alguna acción.

### **2.2.2. Acción reivindicatoria.**

La acción más adecuada para este supuesto de hecho, es la acción reivindicatoria. Con respecto a ella, la acción reivindicatoria es la acción real que tiene el propietario que no es poseedor frente a cualquier poseedor no propietario para que se declare su derecho y para que se condene al demandado a que le entregue o restituya la cosa<sup>53</sup>. De tal forma que en el presente caso, puede ser ejercitada por el propietario de la finca colindante contra la sociedad. La sentencia que se dicte en virtud de la acción reivindicatoria, es de condena a la restitución inmediata, en este caso a la restitución inmediata de los 75 metros cuadrados.

---

<sup>52</sup> En este sentido, resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1.973 (RJ: 1973\984).

<sup>53</sup> Se recoge en el artículo 348 CC, que establece que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.



La acción reivindicatoria, también tiene una serie de requisitos, los cuales deben de cumplirse para que esta acción prospere<sup>54</sup>, y recae sobre el actor la carga de la prueba de todos los requisitos<sup>55</sup>:

1. Que el actor tenga título de dominio, lo que implica que debe de probar que es titular de la cosa. Puede suceder, que la otra parte también alegue que es propietario, y en este caso, el que ejercita la acción debe de probar cumplidamente su relación dominical sobre lo que reivindica<sup>56</sup>. De no hacerlo, el demandado será absuelto. Además, tal y como establece reiterada jurisprudencia, para probar el dominio no es necesario llevar a cabo la aportación del documento en el que se refleje el negocio jurídico que genera el derecho real sobre la cosa, si no que su existencia se puede acreditar mediante los distintos medios de prueba admitidos por la ley<sup>57</sup>.
2. Identificación<sup>58</sup> del bien reivindicado, en el sentido de que la cosa que se reivindica es la que posee la persona demandada. Este requisito, requiere que la finca se determine sobre el terreno por sus cuatro puntos cardinales. Por lo tanto, no es suficiente con identificar la cosa, sino que hay que acreditar también que el predio reclamado es el mismo al que se refieren los documentos, títulos y demás pruebas<sup>59</sup>.
3. Posesión del bien por el demandado, ya que en caso contrario no se podría llevar a cabo la condena a la restitución de la cosa, que es la finalidad perseguida por esta acción. Tal y como establece la STS de 11 de diciembre de 1992<sup>60</sup> no triunfará la acción si el poseedor de la cosa “tiene un título legítimo que, sin necesidad de manifestarse a título de dueño, y por tanto, con subordinación al de propiedad, no sea excluyente del uso de la cosa”.

Pues bien, a la vista de los requisitos citados, cabe preguntarse si es posible ejercitar la acción reivindicatoria por el propietario de la finca, o si dicha acción se encuentra ya prescrita. La acción reivindicatoria es una acción real, y el artículo 1963 CC establece que las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los 30 años, y el artículo 1969 CC, establece que el plazo para la prescripción empezará a contar desde el día siguiente a aquel en que pudiera ejercitarse la acción. Por lo tanto, y dado que aparentemente se cumplen todos los requisitos, y que la acción no está prescrita (ya que la construcción se realizó en 1995), el propietario puede ejercitar la acción reivindicatoria, y posiblemente le interese acompañarla de la solicitud de derribo<sup>61</sup>, para

---

<sup>54</sup> Si no se da uno solo de estos requisitos, la acción no prosperará, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1.976 (RJ: 1976\1034).

<sup>55</sup> En relación a los requisitos, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1.984 (RJ: 1984\6540).

<sup>56</sup> Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1.986 (RJ: 1986\6785).

<sup>57</sup> Ver entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1.979 (RJ: 1979\4138).

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1.991 (RJ: 1991\1718).

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1.983 (RJ: 1983\6992).

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1.992 (RJ: 1992\10136).

<sup>61</sup> En relación al ejercicio de la acción reivindicatoria acompañada de la solicitud de derribo de lo construido por el demandado, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2.013 (RJ: 773\2013). Esta sería la opción más lógica, aunque también cabría que reivindicase el terreno con la construcción realizada en él, aunque al ser una pequeña parte de un almacén no tendría mucho sentido a efectos prácticos.

que la porción de terreno le sea restituida tal y como la tenía el propietario, sin ningún tipo de construcción. Como he dicho anteriormente, el orden lógico es que el propietario ejercite la acción reivindicatoria, y posteriormente el demandado reconvenga invocando la accesión invertida.

### **2.2.3. Otras acciones:**

Con respecto a otras acciones que pudiese ejercitar, no tendría demasiado sentido ejercitar una acción de deslinde<sup>62</sup>, toda vez que los límites entre ambos terrenos parecen bien delimitados al dejar claro el supuesto de hecho que la porción invadida es de 75 metros cuadrados. En caso de que los límites entre las distintas propiedades no estuvieran claros, tendría que ejercitar la acción de deslinde para aclararlos. Se trata de una acción muy unida a la acción reivindicatoria, ya que si no conocemos correctamente los lindes del predio en cuestión, estaríamos incumpliendo el segundo de los requisitos de la acción reivindicatoria mencionado anteriormente.

La que sí tendría más sentido llevar a cabo es la acción declarativa de dominio<sup>63</sup>, pero solo a los efectos de impedir que la prescripción siga avanzando y que la sociedad pudiera llegar a adquirir la propiedad de esa porción de terreno mediante la usucapión. Si bien la principal opción es el ejercicio de la acción reivindicatoria<sup>64</sup>, en caso de no ejercerla el interesado, podría llevar a cabo esta acción, la cual no le permitiría obtener la restitución del terreno, si no únicamente que se declarase que es titular de esos 75 metros cuadrados, por lo que solo tendría sentido plantearla a efectos prácticos para impedir la usucapión de la sociedad.

Por último, cabe decir que también podría ir por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, prevista en el artículo 1902 CC, el cual establece que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Se dan todos los requisitos necesarios, ya que hay una acción (la realización de su construcción ocupando parte de su terreno), hay un daño (ya que le está impidiendo disfrutar de esa porción de terreno), también hay relación de causalidad e imputación de la responsabilidad. Pudiera pensarse que esta acción está prescrita, ya que el artículo 1968 CC establece que prescribe al cabo de un año, sin embargo ese periodo de tiempo empieza a contar desde que el agraviado ha tenido conocimiento. En el supuesto de hecho se nos dice que el conflicto se descubre en marzo de 2016, por lo tanto si es en este momento en el cual el agraviado tiene conocimiento por primera vez podría ejercitar dicha acción.

### **2.3. Consecuencias para Alejandro en caso de que la sociedad no hubiese adquirido la propiedad:**

Estamos de nuevo ante un problema que gira en torno a una aportación que no se ha llevado a cabo de forma correcta, y al igual que en el primer<sup>65</sup> conflicto del presente supuesto de hecho, resulta de aplicación la LSRL, ya que los hechos se producen con anterioridad a la entrada en vigor de la LSC. El punto de partida vuelve a ser el artículo 20 LSRL, que nos remite al artículo 39 LSA, el cual, en su punto primero establece lo siguiente: “Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos

---

<sup>62</sup> Se trata de una acción dirigida a individualizar el objeto del derecho, fijando sus linderos.

<sup>63</sup> La principal diferencia con la acción reivindicatoria se encuentra en que mientras la reivindicatoria es una acción de condena, la acción declarativa de dominio es una acción meramente declarativa.

<sup>64</sup> En relación a las diferencias entre ambas acciones, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2.016 (RJ: 530\2016).



asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en punto a la transmisión de riesgos”. Concretamente, lo que aporta Alejandro Hernández es una finca, por lo que no hay duda acerca de que este es el precepto correcto.

Si la sociedad no llega a adquirir la propiedad, es porque ha triunfado la acción reivindicatoria<sup>66</sup>, lo que implica que la sociedad se ve privada de esa porción de terreno en virtud de una sentencia firme. Precisamente en esto consiste la evicción, ya que esta tiene lugar cuando se priva al comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada, por lo tanto, el aportante tiene que llevar a cabo el saneamiento por evicción<sup>67</sup>, ya que el derecho que tiene el propietario sobre la citada porción de terreno es anterior al momento en que la sociedad adquiere la aportación.

Es de destacar, que estamos ante una obligación de carácter dispositivo, sin embargo, nada se menciona en el supuesto de hecho acerca de que las partes hayan renunciado<sup>68</sup> al saneamiento por evicción, por lo cual desde este punto de vista no se plantearía ningún problema.

La evicción puede ser total o parcial. En el presente supuesto de hecho, obviamente es parcial, por lo que no reflexionaré acerca de la evicción total. La parcial tiene lugar cuando el comprador se ve privado de una parte de la cosa vendida, de tal forma que esta parte tiene tal importancia que sin ella el comprador no hubiese realizado la compra. Podría pensarse que la sociedad hubiese aceptado igualmente la aportación de haber conocido que no incluía esos 75 metros cuadrados, sin embargo, y dado que la sociedad pretendía utilizar la nave construida como almacén ( en el supuesto de hecho se menciona expresamente que los socios tenían esa concreta intención), y que una parte de dicho almacén está asentada sobre territorio ajeno, puedo concluir que aparentemente esa porción de terreno tiene tal importancia que sin ella la sociedad no hubiese llevado a cabo la adquisición.

A pesar de que el artículo 39 LSA nos remita a las normas del Código Civil en materia de compraventa, no se debe de olvidar que estamos en derecho de sociedades, por lo tanto hay que adaptar estas normas en la medida de lo posible a la materia que estamos tratando.

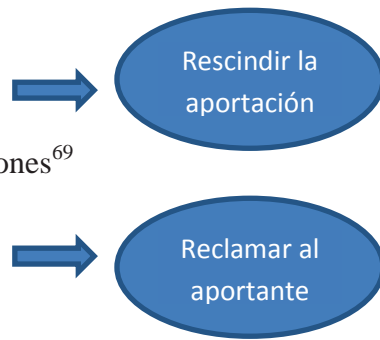
---

<sup>66</sup> Al triunfar dicha acción, la sociedad debe de restituir al demandante los 75 metros cuadrados, por lo tanto no llega a adquirir la propiedad de dicha franja de terreno.

<sup>67</sup> En relación al concepto de evicción, resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2.007 (RJ: 2007\5139).

<sup>68</sup> En lo referente a aportaciones, se admite la renuncia simple, y no se admite la renuncia cualificada, para salvaguardar el principio de integridad patrimonial. En la renuncia simple, de producirse la evicción, el vendedor solo tiene que entregar el precio de la cosa en el momento de la venta. En la cualificada, el vendedor no asumiría ninguna responsabilidad.

La sociedad tiene dos opciones<sup>69</sup>



En el primero de los casos se produciría una reducción del capital social, debido a la amortización de las aportaciones atribuidas al aportante. En el segundo caso, lo que le puede reclamar es el valor que al tiempo de la evicción tuviesen los bienes objeto de esta.

Por lo tanto, las consecuencias para el aportante dependen de la voluntad de la sociedad, pudiendo ver como se produce la rescisión con las consecuencias anteriormente mencionadas, o teniendo que pagar el valor mencionado en el párrafo anterior.

En relación a la prescripción de la evicción, hay que señalar que no está prescrita. Sin embargo se ha producido un cambio en este asunto con la entrada de la ley 42/2015, de 5 de octubre, y es que el plazo en la actualidad es de 5 años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación, mientras que antes era de 15 años<sup>70</sup>. Por lo tanto se ha modificado el artículo 1964 CC. Resulta de aplicación el nuevo plazo, ya que el derecho procesal a aplicar a un caso es el del momento en el que se enjuicia dicho caso.

También me gustaría destacar, que tal y como se describen los hechos en el supuesto de hecho no parece que el aportante hubiese incurrido en un delito de estafa, ya que no se aprecia el engaño. Tal y como discurrió la situación, todo hace indicar que la aportación a la sociedad fue realizada de buena fe, y solo cuando en 2016 se prueba que construyó en suelo ajeno es consciente de dicha circunstancia. Si hubiera sido consciente y realizara la aportación con ánimo de engañar a la sociedad sí que estaríamos ante un delito de estafa.

### **3. Controversias entre Teresa y Soledad:**

#### **3.1. Concepto de establecimiento mercantil:**

Las controversias giran en torno a una compraventa cuyo objeto es un pequeño negocio de arreglos textiles. En primer lugar, tengo que decir que estamos ante un establecimiento mercantil, y siguiendo a Ángel Rojo y a Aurelio Menéndez<sup>71</sup> es de destacar que con el concepto de establecimiento mercantil se hace referencia tanto a la

---

<sup>69</sup> En estos supuestos de evicción, la doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran que la evicción desata también la responsabilidad del artículo 21LSRL y los que se oponen a dicha consideración. En cualquier caso, se reconoce con claridad que en caso de darse la responsabilidad de los sujetos del artículo 21 LSRL, posteriormente dichos sujetos pueden repetir contra el aportante. Desde mi punto de vista no debería de desatarse la responsabilidad aquí citada, ya que no estamos ante un caso de falta de realidad ni de sobrevaloración de la aportación en sentido estricto.

<sup>70</sup> En relación al anterior plazo destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2.007 (RJ: 2007\5139).

<sup>71</sup> MENÉNDEZ AURELIO/ ROJO ÁNGEL, Lecciones de derecho mercantil, Volumen I, 12ª ed., Civitas, 2.014, pp. 87-103.

“tienda” como al “almacén” abiertos al público, a través de los cuales el empresario lleva a cabo su actividad comercial, bien sea al por mayor o al por menor.

Se puede considerar que este es el concepto vulgar de establecimiento mercantil, y en este sentido, el establecimiento tiene como presupuesto un local<sup>72</sup>, sin el cual no existiría dicho establecimiento. Este concepto de establecimiento mercantil, aparece recogido en numerosa legislación, y por citar algún ejemplo, la ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (modificada posteriormente), establece la siguiente definición de establecimiento mercantil: “los locales y las construcciones o instalaciones de carácter fijo y permanente, destinados al ejercicio regular de actividades comerciales, ya sea de forma individual o en espacio colectivo, e independientemente de que se realice de forma continuada o en días o temporadas determinados”.

Por su parte, en sentido jurídico se puede definir el establecimiento mercantil como el conjunto de elementos materiales y personales organizados por el empresario individual o por la sociedad mercantil para desarrollar una o varias actividades empresariales. El ET, habla de un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica, bien sea esencial o accesorio.

A la vista de esta definición, podría pensarse que establecimiento mercantil y empresa son palabras sinónimas, pudiendo utilizarse indistintamente una u otra, sin embargo esto no es del todo así. Pueden utilizarse indistintamente, cuando el empresario sea titular de un único establecimiento, tal y como ocurre en el presente supuesto de hecho, siendo titular de un único negocio de arreglos textiles. Sin embargo, en algunas ocasiones, el empresario puede ostentar la titularidad de varios establecimientos mercantiles (siendo irrelevante que sean homogéneos o heterogéneos), y el término empresa se reserva para hacer referencia a todos ellos. Es decir, en estos casos, la empresa representa el todo y el establecimiento cada una de las partes integrantes.

Por lo tanto, podemos decir que el establecimiento mercantil es el medio a través del cual el empresario lleva a cabo su actividad empresarial, estableciéndose una relación medio-fin. Por otro lado, tal y como se puede comprobar a la vista de las definiciones recogidas, existen diferencias entre el concepto vulgar y el concepto jurídico de establecimiento mercantil.

El establecimiento mercantil no es solo el establecimiento comercial, sino también el establecimiento industrial y el establecimiento de servicios. Además, desde el punto de vista jurídico, no solo está formado por elementos materiales, sino también por elementos personales. En tercer lugar, el establecimiento en sentido jurídico no precisa de un local<sup>73</sup>, ni que este se encuentre abierto al público<sup>74</sup>.

Por último, el establecimiento mercantil no solo es un conjunto de elementos materiales y personales, sino que es algo más que eso, se trata de una organización, un todo organizado por el propio empresario para producir y distribuir el objeto de su actividad

---

<sup>72</sup> Acerca de este asunto, resulta interesante la diferencia entre el contrato de arrendamiento de local y el contrato de arrendamiento de empresa, pudiéndose ver la diferencia con claridad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero del 2.000 (RJ: 2000\1239).

<sup>73</sup> A modo de ejemplo, se encuentran los casos de venta ambulante, o los empresarios dedicados a las labores de intermediación en la distribución de bienes o servicios.

<sup>74</sup> También a modo de ejemplo, destacan las industrias que recurren a distintos tipos de contratos, como el de agencia, para distribuir sus productos.

empresarial. Además esta organización no es estática, todo lo contrario, es muy dinámica, ya que la actividad de organización llevada a cabo por el empresario no finaliza en el momento en el cual este lleva a cabo la creación del establecimiento, si no que se mantiene a lo largo de toda la existencia de dicho establecimiento.

A la vista de todo lo anterior, queda claro que estamos ante un establecimiento mercantil, lo que va a resultar importante para saber ante qué tipo de compraventa nos encontramos, ya que hay diversos tipos y cada una presenta sus especificidades.

### **3.2. Controversia sobre las facturas:**

En primer lugar, hay que dejar claro que nos encontramos ante un supuesto de compraventa de un establecimiento mercantil, representando este negocio jurídico la forma más frecuente de transmisión inter vivos de un establecimiento. Pues bien, la controversia se produce por una factura a nombre del establecimiento, que se presenta al cobro el 23 de diciembre de 2004, fecha en la que Teresa se encuentra ya en poder del establecimiento. Según Teresa, la factura se corresponde con un importe pendiente de satisfacer por unas obras llevadas a cabo en el establecimiento cuando Soledad era la propietaria del mismo. Por lo tanto estamos ante una deuda contraída por Soledad, y hay que ver si de esta deuda debe de responder o Soledad o Teresa.

En primer lugar, hay que decir que la transmisión del establecimiento no supone la asunción por el adquirente de las deudas<sup>75</sup> que el anterior titular (transmitente) hubiera contraído para el establecimiento objeto de la transmisión. No supone la asunción de las deudas aun cuando con el establecimiento se transmita el nombre comercial<sup>76</sup>.

Siguiendo a Antonio Gálvez Criado<sup>77</sup> estamos ante una deuda pendiente, concretamente ante una deuda empresarial, contraída por el antiguo titular del establecimiento mercantil para el desarrollo de la actividad que tenga por objeto el citado establecimiento. Este tipo de deudas también son denominadas “intuitu instrumenti”.

El principal problema que se plantea en estos casos, es un problema de información, ya que en principio, el adquirente es un sujeto externo ajeno al establecimiento en cuestión y que por lo tanto desconoce su situación financiera. Por lo tanto, en principio el adquirente será contrario a la asunción de las deudas, salvo aquellas respecto de las cuales haya sido debidamente informado por el transmitente, y que puede asumir siendo descontado su importe del precio del contrato.

Lo que suele plantearse es si estas deudas suponen un elemento esencial, natural o accidental del objeto del contrato en el momento de producirse la enajenación de la empresa. Pues bien, en primer lugar hay que excluir que se trate de un elemento esencial, es decir, que no quepa excluir las deudas. Esto se debe a que la empresa para continuar con su funcionamiento no precisa de las deudas pendientes.

Tal y como recogí anteriormente, la transmisión de la empresa no supone por lo tanto la asunción automática de las deudas pendientes, ya que este efecto no deriva ni de la

---

<sup>75</sup> Lo mismo que ocurre con los créditos de que sea titular el transmitente, ya que en este caso tampoco se produce su transmisión automática al adquirente.

<sup>76</sup> En relación con esta cuestión, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1.981 (RJ: 1981\4511).

<sup>77</sup> GÁLVEZ CRIADO, ANTONIO, La asunción de deuda en el derecho civil. Asunción liberatoria, asunción cumulativa y supuestos concretos, Tirant lo Blanch, 2.007, pp. 283-313.

naturaleza del contrato (artículo 1258 CC) ni de la supuesta accesoriedad de las deudas pendientes en relación con el establecimiento transmitido. Por lo tanto, a falta de una norma más específica, el punto de referencia es el artículo 1255 CC, que recoge el principio de la autonomía privada, en virtud del cual, se entiende que es necesario que el adquirente manifieste su voluntad de responder de las deudas, pudiendo verse reflejada esta voluntad a través de hechos que reflejen su intención (es decir, aceptando tácitamente).

Por lo tanto para asumir la deuda del presente supuesto de hecho sería necesario que el adquirente hubiese manifestado la voluntad de asumirlas<sup>78</sup>. Plantea problemas el tema del silencio, el cual no debe de interpretarse en el sentido de que el adquirente asume las deudas, ni siquiera aunque exista una oferta del transmitente para que el citado adquirente asuma las deudas, y esto es así, porque el adquirente con su silencio no tiene por qué manifestar que asume las deudas. Cuestión distinta es que a la vista de las circunstancias pueda interpretarse que el silencio por parte del adquirente equivale a una declaración de voluntad en el sentido de asumir las deudas, en cuyo caso, la persona que adquiere la empresa está obligada a romper el silencio si no fuera esa su voluntad.

Además, no debe de entenderse que si las deudas tienen carácter esencial pasan a estar incluidas en el objeto del contrato y por lo tanto son asumidas por el adquirente, esto sería una interpretación errónea. A pesar de que anteriormente dije que lo que se da en estos supuestos es principalmente un problema de información, nada impide que el adquirente pueda asumir deudas por él desconocidas, siempre y cuando manifieste su voluntad en tal sentido.

También hay que destacar, que no cabe entender como presunciones de asunción de deuda algunos hechos, como la entrega al adquirente de los libros contables en los que se reflejan las deudas, por ejemplo. Otra cosa es que este tipo de hechos constituyan indicios para determinar la voluntad de las partes, pero en ningún caso son presunciones de asunción de deuda.

A pesar de que aparentemente no se da en este caso, hay que resaltar que cuestión distinta a lo expuesto anteriormente, es el caso en el cual la finalidad del negocio jurídico sea colocar al accipiens en la posición jurídica del tradens frente al conjunto de relaciones jurídico-reales y jurídico-personales que integran la organización empresarial objeto del negocio, ya que en estos casos, la asunción de las deudas por el adquirente es un efecto natural del contrato, por lo que se produce aunque no haya un pronunciamiento expreso<sup>79</sup> sobre esta cuestión. A pesar de que en el supuesto de hecho no tengo los suficientes datos para afirmarlo con certeza, esta no parece ser la situación que se lleva a cabo, pero en caso de que así fuera, sería Teresa la que tendría que hacer frente a la deuda.

Además del acuerdo entre las partes, para que se pueda llevar a cabo la asunción de la deuda por el adquirente con la correspondiente liberación del transmitente es necesario el consentimiento del acreedor, en este caso, el consentimiento de la persona física o jurídica que llevó a cabo la realización de las obras en cuestión. Esto es así, en virtud del artículo 1205 CC. Esto se debe a que para el acreedor no es indiferente quien sea su

---

<sup>78</sup> Tal y como ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1.990 (RJ: 1990\4755).

<sup>79</sup> Esto se debe a que a pesar de que no haya un pronunciamiento expreso, se entiende que tácitamente es voluntad de las partes que las deudas sean asumidas por el adquirente.

deudor, ya que el adquirente puede tener peores condiciones de solvencia que el transmitente (entre otros factores).

Al igual que en el acuerdo entre las partes descrito anteriormente, el consentimiento del acreedor no tiene por qué ser expreso, pudiendo ser también tácito<sup>80</sup>, pero nunca cabe concluir que se ha prestado el consentimiento en virtud de presunciones<sup>81</sup>.

Hay que distinguir la asunción liberatoria de la deuda y la asunción cumulativa<sup>82</sup>. En la asunción liberatoria, se produce el mantenimiento de la deuda, pero el transmitente queda liberado. El adquirente puede interponer contra el acreedor tanto las excepciones personales como las reales que tenía el primer empresario frente al citado acreedor. En virtud de esta asunción liberatoria, el acreedor no puede dirigirse contra el transmitente para exigirle el pago<sup>83</sup>.

Por su parte, la asunción cumulativa se produce cuando no se da el consentimiento del acreedor, de tal forma que el transmitente no queda liberado, si no que él y el adquirente quedan obligados solidariamente<sup>84</sup> frente al acreedor. En este tipo de asunción la garantía del acreedor se ve claramente reforzada.

Debido a que la regulación del contrato de compraventa de empresa supone una “laguna” en nuestro derecho positivo, considero necesario hacer mención a la regulación que sobre las deudas pendientes en la compraventa de empresa se recoge en el Anteproyecto de Código Mercantil. En él se establece que “El transmitente de la empresa responderá solidariamente con el adquirente de todas las deudas contraídas para la organización de la empresa y el ejercicio de la actividad empresarial con anterioridad a la transmisión”. Parece lógico que responda el transmitente, salvo que el acreedor le libere. Además, establece que “El adquirente no responderá, sin embargo, de las deudas que no figuren en la documentación contable y empresarial, y de cuya existencia no hubiere sido informado o ni tuviera conocimiento previo”. Por lo tanto, el adquirente asume todas las deudas que resulten de la documentación contable y empresarial y aquellas otras que se pacten expresamente. Sería muy útil contar ya en la actualidad con esta regulación, ya que aclararía muchas dudas.

Pues bien, a la vista de lo expuesto anteriormente, no parece que Teresa haya prestado su consentimiento expreso ni tácito, ya que ninguno de los datos dados en el supuesto de hecho me pueden hacer pensar en tal sentido, por lo tanto sería Soledad la que tiene que hacer frente al pago de la factura. Más dudas plantea si se trata de un supuesto en el cual el adquirente ha pasado a ocupar todas las relaciones jurídicas del anterior titular, aunque leyendo el caso nada nos hace pensar que así sea. En cualquier caso, de ser así,

---

<sup>80</sup> Hay que ser cuidadosos a la hora de interpretar cuando nos encontramos ante un consentimiento tácito, ya que aunque el acreedor se dirija contra el deudor sustituto, esto no significa que haya prestado su consentimiento, ya que en el caso de la asunción cumulativa se puede dirigir contra cualquiera de los deudores. En relación a esta cuestión destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2.005 (RJ: 2005\4550).

<sup>81</sup> Es necesario que los actos de que se infiera la existencia del consentimiento sean concluyentes e inequívocos, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1.997 (RJ: 1997\3890).

<sup>82</sup> En atención a esta distinción, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2.015 (RJ: 2015\5052).

<sup>83</sup> En relación a esto, cabe decir que tampoco puede dirigirse aunque el adquirente sea insolvente, salvo en los dos casos contemplados en el artículo 1.206 CC.

<sup>84</sup> En las obligaciones solidarias el acreedor puede dirigirse frente a cualquiera de los deudores para exigirle el pago de la totalidad de la deuda.



no hay más que remitirse a la explicación dada anteriormente, en virtud de la cual sería Teresa la que debería responder del pago. No cabe entrar a analizar si hay consentimiento o no por parte del acreedor, ya que al no haber pacto entre las partes no tiene sentido seguir avanzando en el proceso.

### **3.3. Controversia sobre las indemnizaciones y los salarios de tramitación.**

En este caso, Teresa se niega a hacer frente al pago de unas indemnizaciones por despido y salarios de tramitación. Los despidos se habían producido en el mes de agosto de 2004. Justifica su negativa al pago alegando que en el contrato de compraventa se firmó una cláusula que establecía que en estos casos es el transmitente el que debe de satisfacer las indemnizaciones.

En primer lugar hay que aclarar que en el supuesto de hecho no se precisa con claridad si los despidos se producen estando la empresa en poder del adquirente o todavía estando en poder del transmitente, ya que no se nos dice ni el día concreto del mes de agosto en el cual Teresa pasó a ser titular del establecimiento, ni el día concreto en el que se producen los despidos.

En el caso de que los despidos se produzcan siendo ya Teresa la titular del establecimiento, lógicamente es a ella a la que corresponden el abono de las indemnizaciones, no teniendo Soledad nada que ver con estos despidos<sup>85</sup>. Obviamente, aunque se incorpore la cláusula recogida en el supuesto de hecho al contrato de compraventa, esta se refiere a las indemnizaciones que se reclamen por despidos llevados a cabo cuando el transmitente era el titular del establecimiento.

Más lógico es pensar que los despidos se llevaron a cabo siendo Soledad la titular del establecimiento. Pues bien, anteriormente he explicado lo que sucede con el tema de la asunción de deudas pendientes, sin embargo lo explicado anteriormente no vale para este supuesto. Esto se debe a que en algunos casos, con independencia de lo que las partes hayan acordado, a la responsabilidad del cedente se añade la del cesionario. En estos casos se produce una responsabilidad solidaria entre ambas partes. Sin embargo, y tal y como he recogido, esta responsabilidad solidaria no se da en todos los tipos de deudas, si no solo en el caso de que se traten de ciertas deudas frente a la Hacienda pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social, así como frente a los trabajadores y las entidades aseguradoras.

Concretamente, en este caso nos encontramos ante el supuesto de una deuda frente a dos trabajadores. Esto implica que la norma rectora para esta controversia es el 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. Concretamente, su artículo 44.3, el cual establece:

*“ Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.*

---

<sup>85</sup> Cabe destacar que tanto la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 como el Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (que es el aplicable a este conflicto) recogen en sus artículos 4 y 44 respectivamente, que la transmisión de empresa no es una causa que justifique el despido. Hay un caso en el que responderían ambas partes solidariamente aunque la deuda fuese contraída después de la transmisión, y es cuando esta fuese declarada delito, circunstancia que no se da en este caso.

*El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito”.*

Esta redacción, se debe a que la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en su artículo 3.1 párrafo primero, establece lo siguiente:

*“Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso”.*

A la vista de ambos preceptos, la cuestión no suscitaría mayores problemas de no ser por la cláusula establecida por las partes en el contrato, en virtud de la cual debería de ser el transmitente el que hiciera frente al pago de estas indemnizaciones. A pesar de que en la página anterior anticipé que responderían ambas partes con independencia de pacto, tal afirmación precisa de justificación.

Pues bien, estamos ante una norma imperativa, por lo cual no cabe un pacto en contra que evite que ambas partes respondan solidariamente durante 3 años de esa obligación. Por lo tanto, los trabajadores podrían dirigirse contra cualquier de las dos partes para exigirles el pago por entero de la indemnización.

Aclarado esto, la controversia gira en torno a las partes. Quiero decir con esto, que una vez que una de las partes haya satisfecho las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores, hay que atender al contrato de compraventa celebrado entre las partes, así como a los pactos y cláusulas que a dicho contrato se han incorporado. En virtud del pacto que se recoge en el contrato de compraventa, si las indemnizaciones son abonadas por Soledad no habría ningún problema posterior.

En caso contrario, de ser abonadas por Teresa, esta podría luego repetir contra Soledad por la vía civil, alegando la existencia de esa cláusula, tal y como se recoge en la STSJ de Cataluña de 9 de junio de 2004<sup>86</sup>, que establece que la nueva empleadora debe de satisfacer las deudas laborales pendientes de cumplimiento, pero que luego puede repetir<sup>87</sup> contra el anterior empleador.

Por lo tanto, los trabajadores pueden dirigirse contra cualquiera de las dos partes, y si se dirigen contra Teresa, esta debe de abonar el pago, pudiendo repetir posteriormente contra Soledad. En caso de que el pago se reclame a Soledad, una vez que esta satisface la deuda, obviamente no puede repetir contra Teresa.

### **3.4. Controversia sobre la clientela.**

#### **3.4.1. Obligación de no competencia.**

---

<sup>86</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de junio de 2004 (JUR: 2004\208624).

<sup>87</sup> En ese mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de julio de 2003 (RJ: 2003\6919), al establecer: “La responsabilidad solidaria de que aquí se trata no significa que el sucesor deba responder por unas deudas ajenas sin más, sino que responderá sin perjuicio de poder reclamarlas del verdadero deudor”.



Teresa se queja de un descenso en la clientela del negocio a partir de noviembre, es decir, 3 meses después de la transmisión del establecimiento. Dicho descenso coincide con la apertura de un nuevo establecimiento en el mismo municipio que también se dedica a la confección textil, y cuya propietaria es Soledad.

En el contrato de compraventa del establecimiento mercantil, el vendedor tiene una obligación de entrega. Sin embargo, esta obligación de entrega no se limita a la entrega material de la cosa, ya que el valor del establecimiento no solamente engloba sus distintos elementos, sino también el valor de la organización del mismo, por lo que el vendedor debe de poner el establecimiento a disposición del comprador en condiciones que permitan el aprovechamiento del mismo.

Lo anterior implica que el vendedor debe de informar al comprador sobre la organización del establecimiento y sobre las posibilidades de actuación que tiene el comprador en el mercado. Además de esta obligación, también recae sobre el vendedor una obligación<sup>88</sup> de no competencia<sup>89</sup>, que es el conflicto que se suscita en el presente supuesto de hecho. Podría pensarse que esta obligación de no competencia es un concepto jurídico indeterminado, sin embargo tiene una serie de límites.

1. Límite objetivo: el vendedor no puede llevar a cabo una actividad de igual o análogo género a la que constituía el objeto del establecimiento vendido. Parece que este límite resulta claramente incumplido, ya que Soledad abre un establecimiento que tiene por objeto la confección textil.
2. Límite geográfico: implica que el vendedor puede abrir un establecimiento o continuar la actividad de otro que ya tenía en un municipio distinto a aquel en el que se sitúa el establecimiento vendido. A la vista del supuesto de hecho este límite resulta claramente infringido.
3. Límite temporal: no se establece un periodo de tiempo exacto, sino que la prohibición abarca el periodo prudencial necesario para que el comprador consolide la clientela, con independencia de que haya logrado o no ese resultado. Quizás este límite podría generar alguna duda, sin embargo, Soledad abre el establecimiento en noviembre (solo tres meses después de la venta), por lo que desde mi punto de vista no ha pasado el tiempo prudencialmente necesario para que Teresa pudiese consolidar la clientela.

Hay que aclarar que es posible que las partes excluyan expresamente esta obligación de no competencia, sin embargo en el supuesto de hecho nada se dice acerca de que hayan hecho uso de esta posibilidad, por lo tanto interpretaré que no se ha llevado a cabo tal pacto. También genera controversia el hecho de si es necesario que se pacte la obligación de no competencia para que sea exigible. A lo largo del tiempo, los distintos tribunales han dictado sentencias contradictorias sobre este punto, hasta que el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de mayo de 2012<sup>90</sup>, ha dejado claro que no es necesario que se pacte para que sea exigible.

---

<sup>88</sup> Al igual que ocurría anteriormente, el Anteproyecto de Código Mercantil sí que contiene regulación acerca de esta cuestión.

<sup>89</sup> La razón de ser de esta obligación es evitar la captación de clientela en perjuicio del comprador del establecimiento.

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 (RJ: 2012\6360).

La sentencia razona que no es necesario este pacto, ya que el incumplimiento de esta obligación puede ser exigible al amparo de la buena fe, y para justificar esto, la sentencia cita los artículos 1258 CC y 57 CdC. Esto se debe a que los contratos obligan no solo al cumplimiento de lo que se pacte expresamente, sino también a todas las consecuencias que sean conformes con la buena fe.

Por lo tanto, a la vista de todo lo explicado anteriormente es evidente que se ha infringido la obligación de no competencia por parte del vendedor, al rebasar los tres límites y al actuar de forma contraria a la buena fe, buscando captar los clientes que le corresponderían a Teresa. Ahora queda analizar las opciones que tiene el perjudicado, es decir, Teresa.

#### ***3.4.2. Posibilidades de Teresa como parte perjudicada.***

Puede ejercitar una acción resolutoria por incumplimiento de contrato. Podría pensarse que no cumplir la obligación de no competencia no es equiparable a la obligación de no entregar la cosa, sin embargo la Sentencia<sup>91</sup> del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2013, reflexiona en torno al incumplimiento esencial, estableciendo que también incluye los beneficios que se esperaban conseguir del contrato llevado a cabo. También puede optar por pedir la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, que bajo mi punto de vista y salvo que la clientela sea excesivamente escasa, es la mejor opción (esto ya es un punto de vista personal, el perjudicado podrá ejercitar la opción que más le convenga).

También podríamos considerar esta actuación como un acto de competencia desleal, en virtud del artículo 5<sup>92</sup> de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, que califica como acto de competencia desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. La opción de responsabilidad por incumplimiento de contrato no me genera ningún tipo de duda, sin embargo en este caso la situación es más dudosa. En cualquier caso las acciones que podría ejercitar en este caso son las de cesación y la indemnizatoria.

Por lo tanto, estos son los cuatro tipos de acciones que podría ejercitar, ya que se ha infringido la obligación de no competencia. Es absolutamente claro que puede ejercitar las dos primeras acciones, las dos segundas presentan más dudas, pero podría considerarse perfectamente como un acto de competencia desleal.

### **4. Conflicto sobre los acuerdos sociales y posibilidades de actuación contra los administradores.**

#### **4.1. Conflicto sobre los acuerdos sociales.**

##### ***4.1.1. Impugnación por vulneración del derecho de información.***

En este caso, nos encontramos con dos acuerdos sociales. Por un lado, el relativo a la aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión y aplicación del resultado, y por otro el relativo a la aprobación de la gestión del consejo de administración.

Con respecto a estos, cabe decir que Alejandro e Inmaculada, sospechando que se había alquilado la mitad del almacén de la sociedad a un primo del presidente por una cantidad muy reducida, y ante el anuncio de convocatoria de la junta, deciden solicitar por escrito antes de la celebración de la misma el detalle de las partidas de ingresos que

---

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2013 (RJ: 2014\3878).

<sup>92</sup> Este artículo es el actual artículo 4 de la ley, que ha sido modificado por la ley 29/2009 de 30 de diciembre. Como los hechos ocurren en el año 2004 hay que citar este artículo 5 y no el 4 actual.

se encuentran en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio de 2.014. La cuenta de pérdidas y ganancias forma parte de las cuentas anuales. Dichos sujetos reciben contestación por escrito, donde el presidente deniega tal información alegando que es confidencial y que de ser relevada causaría un perjuicio a la sociedad. Se celebra la junta, a la cual acuden todos los socios, y se aprueba tanto el primer acuerdo citado anteriormente como el segundo. Alejandro e Inmaculada votaron en contra, pidiendo Inmaculada que conste en acta su oposición.

La problemática de los acuerdos sociales gira en torno al derecho de información de los socios. Pues bien, los socios son acreedores de un derecho de información sobre los asuntos sobre los cuales va a decidir la junta, ya que precisan una serie de datos para poder llevar a cabo su derecho de voto, y conocer la situación de la sociedad de la que forman parte. Hay que dejar claro, que este derecho puede ejercitarse por escrito antes de la junta (tal y como ocurre en el presente caso) o bien verbalmente durante la celebración de la misma.

En principio, solo se puede ejercitar este derecho para aclarar asuntos comprendidos en el orden del día. Pues bien, los administradores tienen la obligación de suministrar la información que se pide, pero podrán denegar tal información cuando la misma pueda causar un perjuicio a la sociedad o pudiera utilizarse para fines extrasociales. Pues bien, podría ponerse en duda que en el presente caso la revelación de esa información pueda causar algún tipo de perjuicio a la sociedad, sin embargo, no hay lugar a dudas, ya que el artículo 196 LSC<sup>93</sup> establece que los administradores no podrán denegar la información solicitada, cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, cuanto menos, el 25% del capital social, tal y como sucede en el presente caso.

La ley 31/2014 de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, ha introducido importantes modificaciones<sup>94</sup> que afectan a estos efectos. Una vez dejado claro que los administradores no podían haber denegado esa información a los socios, hay que analizar las posibilidades de impugnar el acuerdo social.

El derecho de información y la impugnación de acuerdos sociales, son dos asuntos que han ido de la mano a lo largo de la historia. Tradicionalmente, este derecho de información, se configuraba como un derecho instrumental, íntimamente vinculado con el derecho de voto<sup>95</sup>. Esto fue así, hasta que el Tribunal Supremo<sup>96</sup> se encargó de desmentirlo.

Cabría preguntarse, si la vulneración del derecho de información puede dar lugar a la impugnación del acuerdo social adoptado. Para responder a esta pregunta, entra en juego el artículo 204.3 LSC, el cual dice que no procede salvo:

---

<sup>93</sup> Debido a que los hechos ocurren en el año 2.015, esta es la normativa aplicable al caso.

<sup>94</sup> Especialmente en materia de impugnación de acuerdos sociales, lo que interesa para resolver la controversia del presente supuesto de hecho.

<sup>95</sup> Aunque la información solicitada debe de tener relación con el orden del día, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2.013 (RJ: 2013\6401) establece que no es necesario una relación directa entre lo solicitado y el orden del día, debiendo estarse al juicio de pertinencia en cada caso. En el presente supuesto de hecho, este punto no genera duda, ya que la relación entre la información solicitada y el orden del día es evidente que existe.

<sup>96</sup> En su Sentencia de 12 de noviembre de 2.014 (RJ: 2014\6461), establece que el derecho de información es un derecho autónomo, sin perjuicio de la función instrumental que pueda cumplir con respecto al derecho de voto.

*“salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”*. Además, establece que para que pueda prosperar es necesario que la solicitud de información se realice antes de la junta, tal y como ocurre en el presente caso. En caso de no cumplirse estos requisitos, lo que se debe de solicitar es una indemnización por daños y perjuicios, y no la impugnación del acuerdo social adoptado.

A pesar de que el TS dice que el derecho de información es un derecho autónomo, la redacción de este artículo realmente lo está instrumentalizando con respecto a los demás derechos de participación.

Toca analizar los elementos del citado artículo, para ver si en nuestro caso sería posible la impugnación. ¿Qué se entiende por información esencial? Esencial no debe de interpretarse como relevante, si no como decisiva. Decisiva se entiende en el sentido de que de haberse llevado a cabo la comunicación de la información solicitada de forma correcta, el socio hubiese ejercitado sus derechos de una forma diferente. Lo relevante es que el contenido de la pregunta sea lo suficientemente importante para influir en la decisión del socio. Parece que en este caso, conocer las partidas de ingreso que figuran en la cuenta de pérdidas y ganancias es una información esencial, ya que el contenido de esta información es decisivo para influir en las decisiones de cualquier socio. Fundamento mi postura en que lógicamente, no vas a votar a favor de la aprobación de las cuentas anuales si se ha despilfarrado dinero, por ejemplo.

El otro concepto conflictivo que recoge el artículo es el de socio medio ¿Qué se entiende por socio medio? Al igual que ocurre con el interrogante anterior, la ley tampoco nos dice que se entiende por socio medio. Lo que el legislador busca con esta expresión es dar objetividad, es decir, el socio medio no es el socio que impugna el acuerdo<sup>97</sup>. Debe de ser valorada la situación desde la perspectiva de un socio informado que ejerza activamente sus derechos. Por lo tanto el socio medio es una persona distinta a la que impugna el acuerdo, que se encuentre suficientemente informada y ejerza sus derechos de forma activa.

Además, es necesario que la información solicitada cumpla una función instrumental con respecto al derecho de voto y demás derechos de participación del socio. Este punto en el presente caso no presenta ninguna duda, ya que la información que solicitan los socios condiciona entre otros el derecho de voto, a la hora de aprobar o no los citados acuerdos sociales.

Por lo tanto, vemos que se cumplen todos los requisitos para que los acuerdos<sup>98</sup> sociales puedan ser impugnados. Con respecto a la impugnación<sup>99</sup>, destacan las novedades introducidas por la ley 31/2014, que elimina la antigua distinción entre antiguos nulos y anulables, considerando que son todos impugnables. Esta distinción entre nulos y anulables se basaba en la regla infringida por el acuerdo social y las distintas consecuencias entre unos y otros se centran en los distintos plazos y en la legitimación. Con la reforma se acaba con estas distinciones. Por lo tanto, lo que se produce es una

---

<sup>97</sup> Con ello el legislador pretende que al resolver este tipo de controversias no se tenga en cuenta las condiciones o intereses personales del concreto socio que lleva a cabo la impugnación.

<sup>98</sup> Además, en relación a las cuentas anuales, la ley atribuye un derecho de información reforzado, derecho cuya violación sería por principio causa de nulidad de las cuentas aprobadas.

<sup>99</sup> Este cambio en relación a los acuerdos impugnables, se puede ver entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2.015 (RJ: 2015\2021).

unificación de los acuerdos impugnables. En virtud de la regulación anterior, estaríamos ante un acuerdo nulo, por ser contrario a la ley, concretamente al artículo 196 LSC, mientras que los acuerdos sociales contrarios a los estatutos serían anulables.

Sin embargo, hay que decir que no todos los acuerdos que sean contrarios a una norma jurídica son nulos. Es necesario que la norma que se infrinja sea una norma imperativa o de “ius cogens”<sup>100</sup> tal y como ocurre en el presente caso. Lo que se persigue con la citada reforma es una configuración más amplia de las causas de impugnación, y el establecimiento de ciertas cautelas por lo que se refiere a vicios formales poco relevantes y al ámbito de la legitimación.

Por lo tanto, ambos socios solicitan esa información para poder conocer si el Consejo ha actuado correctamente y si por lo tanto las cuentas anuales, el informe de gestión y la aplicación del resultado no presentan ninguna irregularidad. Se le deniega la información sin poder haberse denegado, tratándose de información esencial para cualquier socio medio, y condicionando dicha información el ejercicio de los derechos de los socios. Por lo tanto ambos acuerdos pueden ser impugnados.

El hecho de que uno de los socios haya hecho constar en acta su oposición no presenta relevancia para el caso que nos ocupa, estableciéndose únicamente como requisitos de legitimación que el sujeto haya adquirido su condición de socio antes de la adopción del acuerdo y que individual o conjuntamente, representen el 1% del capital social, algo que se cumple con creces en el presente caso.

#### ***4.1.2. Impugnación por la vía del interés social.***

Otra opción, aunque más remota, sería impugnar el segundo de los acuerdos alegando que va en contra del interés social. Esta causa de impugnación, ha sido introducida por la ley 31/2014, no estando contemplada anteriormente. Respecto a los requisitos necesarios, no hay más que ver entre otras la STS<sup>101</sup> de 17 de enero de 2012, que establece, que se requiere:

1. un acuerdo que lesione el interés social.
2. un beneficio para un socio o tercero.
3. un nexo causal entre ambos.

No es necesario que la lesión se haya materializado, puede ser potencial, pero para que prospere la acción debe acreditarse objetivamente la probabilidad de acaecimiento del daño potencial. El beneficio para alguno de los socios puede no tener contenido económico, sino que puede constituir una ventaja político-social o profesional.

El Tribunal Supremo, en su sentencia<sup>102</sup> de 16 de febrero de 2.006, establece que el fin social de la sociedad es el ejercicio de la actividad estatutaria para obtener beneficios. Por lo tanto, el acuerdo social en cuestión, debe de dificultar la obtención de esos beneficios, o aminorar los que ya se tienen. A su vez, debe de beneficiar al socio o a algún tercero.

---

<sup>100</sup> Expresión latina que hace referencia a aquella norma de derecho imperativo que no admite ni la exclusión ni la alteración de su contenido.

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2.012 (RJ: 2012\4981).

<sup>102</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2.006 (RJ: 2006\2934).



Mientras que por la vía anterior del derecho de información, esta información condiciona el voto de los socios para ambos acuerdos, ya que sin esa información no es posible saber si el consejo actuó correctamente y si las cuentas y demás documentos se corresponden con la realidad, aquí lo que ocurre es algo distinto.

A pesar de que acabo de explicar en qué consiste la lesión del interés social, y que pudiera pensarse que el precepto aplicable sería el del 240.1 párrafo primero de la LSC, el que resulta aplicable es el 204.1 párrafo segundo LSC. Este precepto se da cuando el acuerdo social, a pesar de no producir un daño al patrimonio (ninguno de los dos acuerdos causan un daño al patrimonio, en tal caso sería el acto concreto llevado a cabo por el consejo el que causaría un daño), se impone de forma abusiva por la mayoría. Se entiende que se impone de manera abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. En estos casos se produce también una lesión del interés social, y esto es lo que a mi entender podría ocurrir con el segundo de los acuerdos sociales, si bien la posibilidad es bastante remota, podría estirarse la interpretación hasta llegar a interpretar que el segundo de los acuerdos sociales encaja en los casos contemplados en el citado artículo. En el presente supuesto de hecho, los socios aprueban el acuerdo en su beneficio y en perjuicio de los otros dos socios, Alejandro e Inmaculada. Se puede considerar que se impone de modo abusivo por la mayoría, aun ya digo que lo lógico sería actuar por la vía del derecho de la información, ya que no está claro que esta vía pueda prosperar.

En cualquier caso, nunca cabría impugnar el acuerdo social que aprueba las cuentas anuales por esta vía, ya que este no supone un daño al interés social, pues aunque el alquiler se hubiera llevado a cabo a un precio muy inferior al de mercado, si las cuentas anuales recogen fielmente esa operación, es el alquiler<sup>103</sup> el que causa un daño a la sociedad por las cantidades dejadas de percibir, pero la aprobación de esas cuentas no lo causa.

## **4.2. Posibilidades de actuación contra los administradores.**

### **4.2.1. Introducción.**

Sobre los administradores recae un régimen de responsabilidad previsto en el artículo 236 LSC, cuyo objetivo es resarcir los daños y perjuicios patrimoniales causados por su actuación incorrecta o negligente. Estamos ante una responsabilidad de naturaleza civil, sin tratarse en ningún caso de responsabilidad administrativa, fiscal o penal, en la que puedan incurrir por sus actuaciones.

Esta responsabilidad<sup>104</sup>, consiste en que los administradores responden frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores, 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 culpa<sup>105</sup> o dolo. Además, es necesario que exista una relación de causalidad entre el acto y el

---

<sup>103</sup> Y por lo tanto, también la gestión del consejo causa ese daño, ya que fue él quien llevó a cabo el citado alquiler.

<sup>104</sup> En relación a sus requisitos, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2012 (RJ: 2012\8853).

<sup>105</sup> Si el acto es contrario a la ley o a los estatutos se presume la culpabilidad, mientras que cuando se exige la responsabilidad de los administradores por el incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo no se da dicha presunción.

daño<sup>106</sup>. Cabe destacar aquí, que los administradores deben de actuar como un ordenado empresario y como un representante leal, en el sentido de utilizar en la gestión la diligencia debida y actuar con lealtad y fidelidad.

Por lo tanto, ante cualquiera de los incumplimientos mencionados en el párrafo anterior, se generará la obligación de resarcir los daños patrimoniales que hayan causado. Lo anterior no impide que sea exigible esta responsabilidad también por cualquier acto que lleven a cabo que sea inadecuado. Esta es la situación que se produce en este supuesto de hecho, en el caso de que se haya llevado a cabo efectivamente el citado alquiler por una cantidad “ridícula”, ya que se le está causando un daño patrimonial a la sociedad.

Además, la responsabilidad es solidaria, extendiéndose esta a todos los miembros del órgano de administración que hubiesen adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo, salvo a aquellos que demuestren que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia, o conociéndola, hicieron todo lo posible para evitar el daño, o al menos se opusieron expresamente a aquél. Sin embargo, no estamos ante una responsabilidad colectiva, sino que esta tiene carácter personal, debiendo individualizarse para cada administrador.

Es importante tener en cuenta, que los administradores no se exonerarán de la responsabilidad por el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta.

Entre las acciones para dirigirse contra los administradores, tenemos que distinguir dos: la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad.

#### ***4.2.2. Acción social de responsabilidad:***

La acción social de responsabilidad, procederá cuando sea la sociedad la que sufre las consecuencias de la conducta llevada a cabo por los administradores. Su objetivo es la protección del patrimonio social, para lo cual busca el resarcimiento del daño causado. Su regulación se recoge en el artículo 238 LSC, y prevé como legitimados para el ejercicio de esta acción en primer lugar a la sociedad, subsidiariamente a los socios, y en último lugar a los acreedores.

En el caso de la sociedad, es necesario el previo acuerdo de la junta general para el ejercicio de esta acción, que puede llevarse a cabo a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. El acuerdo de promover la acción, dará lugar a la destitución de los administradores afectados. Además, los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo. Por su parte, la junta general en cualquier momento podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social. Pero este acuerdo de transacción supondrá que se mantenga la destitución anteriormente mencionada.

Subsidiariamente, también están legitimados los socios, en su condición como titulares de un interés indirecto en la defensa del patrimonio de la sociedad. La ley establece que los socios que representen el 5% del capital social, tal y como ocurre en el presente supuesto de hecho, podrán llevar a cabo la acción social de responsabilidad en los siguientes casos:

---

<sup>106</sup> En este sentido, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2.002 (RJ: 2003\228).

1. Cuando solicitada la convocatoria de la junta general con el fin de decidir sobre el ejercicio de esta acción, ésta no fuese convocada por los administradores.
2. Cuando la sociedad no entablare la acción de responsabilidad, dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de la adopción del acuerdo.
3. Cuando el acuerdo de la junta hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad<sup>107</sup>.

El legislador, también prevé que cuando se produzca una infracción del deber de lealtad por parte del administrador, esos socios que representen al menos el 5% del capital social, pueden ejercitar directamente la acción social de responsabilidad, sin que sea necesaria la previa sumisión al acuerdo de la junta general. No parece que en la presente controversia se haya infringido el citado deber de lealtad por parte de los administradores, pero sí que es necesario que haga constar lo que pasaría en ese caso.

Por su parte, el artículo 239.2 LSC, establece que en los casos de que la acción sea ejercitada por la minoría y se dicte una sentencia que estime total o parcialmente la demanda, recae sobre la sociedad la obligación de reembolsar a los socios demandantes los gastos en que estos incurrieran, salvo que el reembolso se hubiese producido con anterioridad a la sentencia, o que se hubiese llevado a cabo un ofrecimiento incondicional de reembolso de los citados gastos.

En última posición, están legitimados para su ejercicio los acreedores sociales, pero solo en el caso de que la acción no se ejercite por la sociedad o por los socios, y que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Por lo tanto, este sería el principal medio del que dispondrían los socios para actuar contra los administradores, ya que los administradores llevan a cabo una actuación lesiva que causa un daño a la sociedad. Los socios deberán solicitar la convocatoria de la junta para que se apruebe el ejercicio de la acción, y en caso de que no se apruebe, podrán ellos mismos ejercitar la acción social de responsabilidad.

#### ***4.2.3. Acción individual de responsabilidad:***

Podría pensarse que tiene cabida también aquí el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, sin embargo, no cabe de ninguna manera, y ahora explicaré el motivo.

La acción individual<sup>108</sup> de responsabilidad corresponde a los socios y acreedores por los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses., tal y como recoge el artículo 241 LSC. El artículo habla de las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros, por lo tanto es posible pensar en la existencia de distintas acciones individuales que no tengan un régimen común.

Por lo que respecta a los requisitos necesarios para su ejercicio, son los siguientes:

1. Daño directo a los socios o a los terceros<sup>109</sup>.
2. Que se trate de un acto de los administradores en el ejercicio de su cargo.

---

<sup>107</sup> En este sentido, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2.003 (RJ: 2003/8990).

<sup>108</sup> Con respecto a esta acción, resulta muy esclarecedora la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2.016 (RJ: 2016\801).

<sup>109</sup> Resulta interesante en relación con esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1.996 (RJ: 1996\8996).



3. Ilícitud de la acción u omisión de los administradores.
4. Relación de causalidad entre el acto y el daño, recayendo la carga de la prueba en los perjudicados.

En vista de lo anterior, es obvio que no cabe el ejercicio de esta acción, ya que en ningún caso se está causando un daño directo a los socios o terceros, si no que el daño se está causando a la sociedad.

## **5. Posibilidades de cobro de un acreedor de “A Tu Medida S.L.” y posibilidades de actuación.**

### **5.1. Introducción. La disolución de una S.L.**

En primer lugar, hay que destacar que la pregunta gira en torno a las oportunidades que tienen los acreedores de una sociedad que se acaba de crear para cobrar los derechos de crédito que ostenten ante la citada sociedad. En el supuesto de hecho no consta que la sociedad haya llevado a cabo ningún negocio, ni que haya contraído ninguna deuda con ningún acreedor, por lo tanto parece que la pregunta gira en torno a las posibilidades que tiene un acreedor de “Tu Piel S.L.”<sup>110</sup> para cobrar su crédito.

Antes de contestar propiamente a la pregunta, hay que decir que “Tu Piel S.L.” no ha sido correctamente extinguida, ya que para poner fin a una sociedad no es suficiente con dejar de desarrollar su actividad, sino que es necesario llevar a cabo una serie de pasos. Estos pasos son principalmente tres:

1. Disolución
2. Liquidación
3. Extinción.

Por lo tanto, no se puede poner fin a una sociedad sin más. En primer lugar hay que llevar a cabo la disolución, proceso en el que la sociedad sigue conservando su personalidad jurídica, pero abandona la explotación empresarial para llevar a cabo una actividad puramente liquidatoria. Precisamente, después de la disolución viene la liquidación, donde se llevan a cabo las gestiones necesarias para liquidar las relaciones jurídicas producidas como consecuencia de la actuación de la sociedad en el tráfico jurídico. Después de la liquidación, y una vez se haya entregado a los socios el remanente patrimonial, se produce la extinción de la sociedad.

Con respecto a la disolución<sup>111</sup>, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada (que es lo que interesa), existen varias formas. Estas formas dependen de la forma en la que se produce la disolución.

En primer lugar, la sociedad puede disolverse por decisión de los socios mediante acuerdo social adoptado en la junta general, sin necesidad de ninguna otra causa. Posiblemente, esta debería de haber sido la vía adecuada para que la sociedad del

---

<sup>110</sup> Un acreedor de “A tu medida S.L.” tendría todas las posibilidades reconocidas legalmente para hacer efectivo su derecho de crédito, debiendo observar entre otras particularidades si procede el concurso de acreedores o no o si la sociedad debe de entrar en fase de liquidación al incurrir en una causa de disolución.

<sup>111</sup> La disolución y la liquidación se regulan en los artículos 360 y siguientes de la LSC.

supuesto de hecho fuese disuelta, ya que a la vista de las circunstancias del caso, parece claro que los socios quieren poner fin a la sociedad por su propia voluntad.

Una sociedad también se disuelve automáticamente o de pleno derecho por el transcurso del plazo<sup>112</sup> fijado en los estatutos sociales, así como por el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal.

Por último, también se produce la disolución por la concurrencia de una causa legal o estatutaria de disolución, cuando esa causa es debidamente constatada por la junta general o por el juez en defecto de esta. Precisamente, el artículo 363.1.a LSC recoge como causa de disolución el cese en el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad, y se entenderá producido este cese tras un periodo de inactividad superior a un año. En el supuesto de hecho se nos dice que los socios deciden interrumpir la actividad, por lo que una vez que transcurra el plazo de un año sin que la retomen, estarán incurriendo en una causa de disolución. Una vez producida la causa<sup>113</sup> de disolución, los administradores<sup>114</sup> deberán de convocar la junta general para que esta acuerde la disolución, disponiendo para ello del plazo de dos meses, y además, en caso de que la sociedad fuera insolvente, deberá convocar la junta para que esta inste el concurso. La junta puede acordar la disolución, o si constara en el orden del día, podrá adaptar los acuerdos necesarios para eliminar la causa de disolución.

Por otro lado, si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos anteriormente mencionados, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social. Por su parte, los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial cuando el acuerdo de la junta fuese contrario a la disolución o no se pudiera haber logrado, estableciéndose los plazos para el cumplimiento de esta obligación en el artículo 366 LSC. Además el artículo 367 LSC, prevé un régimen de responsabilidad solidaria para los administradores que no cumplan todas estas obligaciones.

Hay que mencionar también, que podrían darse en el caso otras causas legales de disolución, lo que daría lugar a la responsabilidad de los administradores por no haber procedido a llevar a cabo todos estos trámites, sin embargo no puedo afirmar su concurrencia debido a la falta de datos del caso. Estas causas que se pueden dar son la paralización de los órganos sociales, así como aquellos apartados del artículo 363 LSC que hacen referencia a pérdidas o reducción del capital social por debajo del mínimo legal, ya que a la vista del supuesto de hecho la sociedad está pasando problemas financieros, pero no tengo los datos suficientes para poder afirmar que “Tu Piel S.L.” haya incurrido en alguna de estas causas. En caso de que incurriese y que transcurriesen

---

<sup>112</sup> En caso de que la sociedad sea declarada en concurso, se disuelve por la apertura de la fase de liquidación.

<sup>113</sup> Estoy haciendo referencia a las causas legales o estatutarias, los otros dos tipos de disolución no siguen este procedimiento.

<sup>114</sup> Es posible que cualquier socio solicite a los administradores la convocatoria de la junta si a su juicio concurre alguna causa de disolución o si la sociedad fuera insolvente.

los plazos impuestos a los administradores se desencadenará la responsabilidad<sup>115</sup> solidaria de dichos administradores<sup>116</sup> explicada anteriormente.

En virtud de todo lo anterior podemos concluir dos cosas. En primer lugar, no se puede poner fin a una sociedad sin llevar a cabo los trámites necesarios. En segundo lugar, si realmente estamos ante alguna causa de disolución y algún acreedor ha adquirido su derecho con posterioridad al nacimiento de esta causa, los administradores de “Tu Piel S.L.” responderán solidariamente con la sociedad, siempre que hubiesen transcurrido los plazos estipulados.

## **5.2. Posibilidades de cobro.**

### ***5.2.1. Reclamación por incumplimiento de contrato:***

En primer lugar, y dado que como recogí anteriormente, la sociedad no se encuentra extinguida, los acreedores pueden dirigirse contra la sociedad reclamando el incumplimiento del contrato de que se trate. Así, por ejemplo, en el supuesto de que la sociedad haya llevado a cabo un contrato de compraventa civil<sup>117</sup> con otra persona física o jurídica, el acreedor tiene la opción de exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo. Cito a modo de ejemplo la compraventa civil, pero cada contrato tiene sus propias especificidades, por lo que hay que estar a cada contrato en concreto.

### ***5.2.2. Concurso de acreedores:***

Otra posibilidad que puede tener un acreedor, es ir por la vía del concurso necesario. Esta quizás sea la posibilidad más complicada de llevar a cabo, ya que es necesario conocer una serie de datos que en el supuesto de hecho no se reflejan, pero no deja de ser una posibilidad, y por lo tanto he de contemplarla.

Pues bien, cuando es un acreedor y no el deudor el que insta el concurso, deberá de expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de junio funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo.

De lo que se trata es de probar la concurrencia del presupuesto objetivo de la insolvencia. Este artículo recoge una serie de supuestos que forman un “numerus clausus”. Aparentemente, el hecho que podría llegar a darse en el presente supuesto de hecho es el sobreseimiento general<sup>118</sup> en el pago corriente de las obligaciones del deudor, ya que en el caso se recoge que ha dejado de pagar varias facturas así como a distintos proveedores, sin embargo, no tengo la certeza absoluta de que incurra en el hecho antes citado, ya que en ningún momento se deja claro si se tratan de incumplimientos persistentes, o solo son dificultades financieras puntuales. En cualquier caso, aparentemente podríamos estar ante un sobreseimiento general en el pago.

---

<sup>115</sup> En relación a esta responsabilidad destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014 (RJ: 2014\4526). A pesar de que la normativa que se aplica en esta sentencia es la LSRL, la causa de disolución y el incumplimiento de la obligación de los administradores (que es lo que resulta relevante) es la misma.

<sup>116</sup> Cabe destacar también, que la responsabilidad solidaria solo alcanza a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, por lo que no afectaría a los acreedores cuyo derecho haya nacido antes de la concurrencia de esa causa, y corresponde a los acreedores probar que una obligación es de fecha anterior a la concurrencia de la causa legal de disolución.

<sup>117</sup> A modo de ejemplo, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011 (RJ: 2011\5007).

También podría alegar que se ha intentado infructuosamente el despacho de ejecución en virtud de su derecho de crédito, sin embargo, y al igual que en el caso anterior, en el caso no se dice que se haya llevado a cabo, pero también sería una posibilidad.

El acreedor, tendrá que expresar en la solicitud los medios de prueba necesarios para comprobar este hecho, no siendo posible incluir entre ellos la prueba testifical. Además, la declaración no es automática, sino que debe de ser el juez de oficio el que acredite si concurre el presupuesto objetivo.

Pues bien, si el concurso es declarado por el juez, seguirá los trámites necesarios hasta la fase de convenio o de liquidación<sup>119</sup>, y el acreedor puede ver satisfecho su derecho de crédito.

Además, también sería posible que el concurso se solicite por el deudor voluntariamente. Sin embargo aquí volvemos a tener el mismo problema que en el caso anterior, ya que es necesaria la presencia de un estado de insolvencia, la cual puede ser actual o inminente. Al igual que en el caso del despacho de ejecución y el sobreseimiento general en los pagos, todo hace pensar que la sociedad puede estar en un estado de insolvencia, o cuanto menos de insolvencia<sup>120</sup> inminente, pero al no tener cifras ni datos clarificadores no lo puedo afirmar, sin embargo quiero dejar constancia de esta posibilidad.

### **5.2.3. Doctrina del levantamiento del velo:**

Sin embargo, los acreedores no solo pueden dirigirse contra “Tu Piel S.L.”, sino que también se pueden dirigir contra “A Tu Medida S.L.” y sus socios ya que estamos ante un supuesto de levantamiento del velo societario.

En primer lugar, nos encontramos ante una figura de creación jurisprudencial, y no hay un número cerrado de supuestos a los que se aplica tal levantamiento del velo. En principio, los socios al constituir una sociedad de responsabilidad limitada, tal y como ocurre en el presente caso, aíslan su patrimonio del de la sociedad, configurándose como personalidades diferentes. Sin embargo, en algunas ocasiones, los administradores de estas sociedades llevan a cabo una serie de actuaciones fraudulentas, mediante la instrumentación de la autonomía patrimonial que presentan este tipo de sociedades, tal y como sucede en el presente supuesto de hecho, donde deciden poner fin a la actividad de una sociedad creando otra nueva, pero que en realidad viene a ser la misma sociedad (mismos trabajadores, mismos socios, misma actividad...) sin haber disuelto y liquidado adecuadamente la primer de ellas, por lo que estamos ante un supuesto de sucesión de empresas. Se crea una nueva empresa, que en realidad es la misma, para eludir las responsabilidades existentes para la primera. Lo habitual, aunque no se menciona en el caso, es que además se produzca un “vaciamiento” de la primera sociedad, haciendo que todo su activo pase a la segunda sociedad, y no solo sus trabajadores como se menciona en el caso.

Si la estructura de la persona jurídica se utiliza con fines contrarios a derecho, es posible levantar el velo societario, prescindiendo los tribunales de la forma externa de la personalidad jurídica y penetrando en su interior. Tal y como establece la STS<sup>121</sup> de 28 de febrero de 2008, el levantamiento del velo consiste en "un procedimiento para

---

<sup>119</sup> Incluso se pueden abrir las dos, dependiendo de si el convenio llega a buen término o no.

<sup>120</sup> En atención a la diferencia entre insolvencia y desbalance, ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 (RJ: 2014\2159).

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2008 (RJ: 2008\4034).

descubrir, y reprimir en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso". De lo que se trata es de encontrar los intereses reales que se persiguen amparándose de forma fraudulenta en la autonomía de una sociedad.

La primera sentencia en la que se hace referencia a la posibilidad de "investigar el fondo real de la persona jurídica sin detenerse en la forma" es la STS de 8 de enero de 1980<sup>122</sup>. Pues bien, esta sentencia supone el punto de partida que dará lugar a que años más tarde, la STS de 28 de mayo de 1984<sup>123</sup> perfeccione la teoría del levantamiento del velo.

Por lo tanto, mediante la doctrina del levantamiento del velo deja de surtir efecto el régimen general de limitación de responsabilidad para los socios en relación a las deudas sociales contraídas, representando una excepción a esta regla general. Por otro lado, resultada interesante destacar que la STS de 28 de mayo de 1984, anteriormente citada, la cual establece los principios que fundamentan la aplicación de esta figura:

1. Conflicto entre seguridad jurídica y justicia.
2. Aplicación por vía de equidad y con acogimiento al principio de buena fe.
3. Fraude de ley y perjuicio de intereses.
4. Abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo.

Pues bien, en casos como el actual, donde se crea la apariencia de una nueva sociedad, pero que en realidad es la misma, ya que consta de los mismos socios, los mismos trabajadores y se lleva a cabo la misma actividad, la jurisprudencia aplica la doctrina del levantamiento del velo, tal y como podemos ver en la Sentencia de la AP de Cádiz de 19 de diciembre del 2000<sup>124</sup> y en la Sentencia de la AP de Cantabria de 23 de mayo de 2001<sup>125</sup> (casos estos muy similares). También se puede ver este procedimiento de sucesión de empresas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en la STS de 19 de octubre de 2010<sup>126</sup> y en la STS de 15 de octubre de 1997<sup>127</sup>.

Por lo tanto, en virtud de lo anterior, un acreedor puede levantar el velo y dirigirse también contra "A tu Medida S.L." y contra Daniel y Teresa. A la hora de valorar si solicita la condena solidaria de todos ellos o si solo se dirige contra la segunda sociedad, debe de tener en cuenta entre otros factores las mayores costas en el supuesto de que su pretensión sea desestimada si se dirige contra todos conjuntamente. En mi opinión, merece la pena demandar a todos conjuntamente, ya que las posibilidades de éxito son muy elevadas en este caso.

---

<sup>122</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1.980 (RJ: 1980\21).

<sup>123</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1.984 (RJ: 1984/2800).

<sup>124</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de diciembre del 2.000 (JUR: 2001\131126).

<sup>125</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 23 de mayo de 2.001 (JUR: 2001\226179).

<sup>126</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2.010 (RJ: 2010\7588).

<sup>127</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1.997 (RJ: 1997\7267).

## **6. Conflicto sobre la retribución del administrador:**

### **6.1. Posibilidad de percibir los 2.000 euros mensuales:**

La Ley 31/2014 de 3 de diciembre, también ha incidido en este tipo de asuntos, introduciendo modificaciones. El punto de referencia para resolver esta cuestión, es el artículo 217.1 LSC. En virtud de este artículo, el cargo de administrador es gratuito, salvo que los estatutos sociales establezcan lo contrario y determinen el sistema de retribución. El propio artículo, establece distintos ejemplos de lo que puede ser el sistema de remuneración, sin embargo estos ejemplos no son un numerus clausus.

Además, el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, deberá ser aprobado por la junta general. Salvo que la propia junta establezca otra cosa, la distribución de la remuneración entre los administradores, se llevará a cabo por acuerdo de estos, y en el caso de que exista consejo de administración, esta distribución se llevará a cabo por acuerdo del mismo.

La remuneración, deberá de ser proporcional a la importancia de la sociedad, a la situación económica que tuviese en cada momento y a los estándares de mercado de empresas comparables. Por otro lado, el sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables. Lo que se pretende evitar, entre otras cosas, es que los administradores reciban una remuneración que no guarda ningún tipo de proporción con la actividad y resultados de la sociedad.

Es necesario que las referencias a la retribución que se lleven a cabo en los estatutos sean precisas. Tal y como establece la resolución de la DGRN<sup>128</sup> de 29 de abril de 2013, en caso de que se quiera establecer una remuneración para los administradores “la determinación estatutaria debe de ser clara e inequívoca, especificando el sistema de retribución que podría aplicarse, definido de modo preciso, completo y ajustado a los límites generales”. Esto implica que no es posible que se prevean en los estatutos varios sistemas de remuneración, y sea la junta la que decida cual se debe de aplicar.

En virtud de todo esto, se puede impugnar todo acuerdo de la junta general<sup>129</sup>, así como cualquiera decisión de los administradores sobre este asunto, siempre y cuando, tal acuerdo o decisión no concuerde con lo establecido en los estatutos.

Hasta aquí el caso estaría muy claro, ya que los estatutos no contienen mención alguna sobre la remuneración de los administradores, sin embargo, en el supuesto de hecho se nos dice que esos 2.000 son recibidos por la llevanza de la gestión de la política general de la empresa. Esto plantea un problema, ya que además de la remuneración que puede corresponder a un administrador por el ejercicio de este cargo, la ley prevé una remuneración en caso de delegación de facultades o de funciones ejecutivas.

La regulación de tal remuneración viene recogida en el artículo 249.3 LSC, exigiéndose que en los casos de que se produzca tal delegación, se celebre un contrato entre la persona que va a ejercer esas funciones y la sociedad. En el presente supuesto de hecho, no se nos dice que se haya llevado a cabo tal contrato, pero tampoco se nos dice que no se haya celebrado.

---

<sup>128</sup> Resolución de la DGRN de 29 de abril de 2013 (JUR: 2013\163105).

<sup>129</sup> Destaca entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2007 (RJ: 2007\671).



Suponiendo que se haya celebrado el citado contrato (ya que en caso de no haberse celebrado no podría percibir la citada cantidad), es doctrina del TS, que es necesaria la concurrencia de un elemento objetivo, de tal manera que las funciones que ejerza en este caso el administrador sean distintas de las propias funciones que le corresponden por el mero hecho de ser administrador de una sociedad. Tiene que llevar a cabo actividades<sup>130</sup> que se puedan diferenciar de las que le corresponden llevar a cabo como administrador.

Dado que las funciones que lleva a cabo Teresa son las de llevanza de la gestión de la política general de la empresa, a falta de mayor especificación sobre estas funciones, no puede entenderse que sean funciones distintas a las que le corresponden por el simple hecho de ser administrador, por lo tanto no tendría derecho a percibir esos 2.000 euros mensuales.

Por lo tanto, como mero administrador, no tiene derecho a percibir la citada remuneración, ya que nada se recoge en los estatutos acerca de la remuneración de los administradores. En cuanto a otras funciones distintas que puede ejercer en favor de la sociedad y que podrían dar derecho a una remuneración, no considero que la llevanza de la gestión de la política general de la empresa sea una función que no tendría que llevar a cabo solo por el mero hecho de ser administrador, sin entrar a valorar si se ha celebrado el contrato necesario o no, por lo tanto de ninguna manera podría percibir los citados 2.000 euros.

## **6.2. Posibilidades de Daniel si dejase de estar de acuerdo con esa retribución.**

Dado que la presente controversia es susceptible de distintas interpretaciones, hay que analizar las distintas alternativas de las que dispondría en función de lo que hubiese sucedido realmente.

En primer lugar, voy a partir de que ha existido un acuerdo entre ambas partes para que Teresa reciba esa remuneración, ya que si no, no tendría la expresión “dejar de estar de acuerdo”. En el caso de que se considere que el acuerdo ha sido para que reciba los 2.000 euros por el simple ejercicio de las funciones de administración (sin llevar a cabo otras labores para la sociedad) Daniel puede impugnar el citado acuerdo por la vía del artículo 204 LSC, alegando que se trata de un acuerdo social contrario a los estatutos, ya que nada se prevé en los estatutos sobre la remuneración de los administradores. No me detendré en explicar las características de este proceso de información, por haber sido tratado ya el asunto en la pregunta cuatro.

También es posible entender que lo que se ha aprobado en el acuerdo es que Teresa reciba esa remuneración por la delegación de facultades o funciones ejecutivas, y que realmente la llevanza de la gestión de la política general sea una actividad distinta de aquellas que le corresponden por ser administrador. En este caso, habría un conflicto de intereses, ya que el administrador, al ser único, se estaría eligiendo a si mismo<sup>131</sup>. Por lo tanto, en este caso, la vía que tiene para impugnar el acuerdo es alegar que va en contra del interés social. Lógicamente, en este caso también puede ejercitar la acción social de

---

<sup>130</sup> En relación con este asunto, resulta interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2.012 (JUR: 2013/53532).

<sup>131</sup> Artículo 249 LSC.

responsabilidad<sup>132</sup>, alegando un incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, entre los cuales se encuentra velar por el interés general.

Por lo tanto, según cual fuera la situación concreta, estas serían las vías de las que dispondría, siempre partiendo de la base de que ha existido un acuerdo, ya que de no darse, no tendría sentido la redacción de la pregunta.

#### IV) CONCLUSIONES

- A la vista de que en el supuesto de hecho no se menciona la inclusión en el pagaré de la cláusula “no a la orden”, entiendo que el pagaré es transmisible por endoso, y que el endoso es pleno, pues en el caso no se menciona lo contrario. Por lo tanto, el endoso permite a su titular hacer circular el crédito que incorpora el documento.

Desde el punto de vista cambiario, la acción directa es casi imposible que prospere, porque lo lógico es que el firmante interponga las excepciones previstas en el artículo 67 LCCh. La acción en vía de regreso es la que más posibilidades de éxito tiene, ya que Adrián Gómez en principio no puede interponer ninguna excepción. Subsidiariamente tenemos la acción causal, que podría triunfar pero no puede interponerse simultáneamente con la acción en vía de regreso. Por último la acción de enriquecimiento injusto es una acción residual, que solo puede interponerse cuando se hayan perdido las demás, y no parece que en el presente caso sea necesario llegar a esta última acción.

Desde el punto de vista societario, la primera vía que tendría la sociedad sería la del artículo 39 LSA, que es la primera que debe de ejercitar, y solo en el caso de que el capital social no resulte completamente integrado por esta vía puede acudir a la del artículo 21 LSRL, ya que no cabe la acción de responsabilidad si capital social está completamente integrado.

Desde el punto de vista penal, estamos ante un concurso medial entre el delito de estafa y el de falsedad en documento mercantil, y la legislación aplicable dependerá de la decisión del juzgador sobre la pena, aunque aparentemente se debe de aplicar el CP actual por ser más favorable.

- En primer lugar, la sociedad no puede adquirir la propiedad por usucapión. Estamos ante un bien inmueble, y en el caso de la usucapión ordinaria faltaría el requisito del justo título, mientras que en para la usucapión extraordinaria faltaría el requisito de los plazos.

Con respecto a la accesión invertida, si se dan todos los requisitos anteriormente citados (que en principio parece que sí), la sociedad sí que podría adquirir la propiedad de esa franja de terreno, mediante el pago de la correspondiente indemnización al propietario de la finca colindante.

Si el constructor ha actuado de mala fe, la indemnización no es suficiente para satisfacer al perjudicado, por lo que puede elegir llevar a cabo cualquiera de las cuatro vías mencionadas anteriormente.

El propietario de la finca colindante puede ejercitar la acción reivindicatoria para que le sea restituida esa porción de terreno, y posiblemente le interese

---

<sup>132</sup> Las características y procedimiento para el ejercicio de esta acción se pueden observar en la pregunta cuatro de la presente composición.

acompañar esta acción reivindicatoria de la solicitud de derribo, para recuperar esa porción de terreno tal y como la tenía en el momento inicial.

Podría ejercitar también la acción de deslinde, sin embargo parece que el caso los límites entre las fincas están claros, por lo que no sería necesario. También podría llevar a cabo la acción declarativa de dominio, con la finalidad principal de interrumpir la prescripción e impedir que la sociedad pueda adquirir por usucapión esa porción de terreno. Otra opción, sería ejercitar la acción de responsabilidad civil extracontractual, por el perjuicio causado, aunque lo más lógico es ejercitar la acción reivindicatoria.

- Estamos ante una compraventa de un establecimiento mercantil.  
En relación a las facturas, no parece que Teresa haya prestado su consentimiento expreso ni tácito, por lo que es Soledad la que tiene que hacer frente al pago de las mismas. Cuestión distinta sería que estuviéramos ante un supuesto donde el adquirente ha pasado a ocupar todas las relaciones jurídicas del anterior titular, pero no parece que ocurra esto en el presente supuesto de hecho.  
En relación a los trabajadores, estos pueden dirigirse contra cualquiera de las dos partes, pero si se dirigen contra Teresa, esta debe de abonar el pago, pudiendo repetir posteriormente contra Soledad.  
Con respecto al descenso de la clientela, cabe decir que el vendedor infringe la obligación de no competencia, al rebasar los tres límites establecidos para esta obligación y al actuar de mala fe buscando captar los clientes que le corresponderían a Teresa.  
Teresa puede optar por ejercitar la acción resolutoria por incumplimiento de contrato o solicitar una indemnización de daños y perjuicios. Si consideramos que se trata de un acto de competencia desleal, también podría ejercitar la acción de cesación y la indemnizatoria, pero esta consideración plantea más dudas.
- Se produce una vulneración del derecho de información de los socios, ya que la información solicitada era información esencial, y no podía haber sido denegada, por lo que los socios disconformes podrían impugnar los acuerdos sociales por esta vía.  
Otra opción, aunque más remota, sería impugnar el acuerdo relativo a la aprobación de la gestión del Consejo de Administración por ser un acuerdo contrario al interés social, concretamente por la vía del artículo 204.1 párrafo segundo LSC. A pesar de que es una opción que presenta más dudas que la vía del derecho de información, podría plantearse. Lo que está claro es que el otro acuerdo social no puede impugnarse por esta vía de ninguna manera.  
Los socios disconformes, podrían actuar contra los administradores ejercitando la acción social de responsabilidad, ya que su actuación le está causando un daño a dicha sociedad. En ningún caso cabría ejercitar la acción individual de responsabilidad.
- La primera opción que tiene uno de estos acreedores, es demandar a la sociedad por el incumplimiento del contrato de que se trate, lo que dará lugar a las consecuencias previstas para cada contrato.  
También podrían tratar de ir por la vía del concurso necesario, siempre que se cumplan los requisitos necesarios para que este pueda ser solicitado, sin embargo, ante la falta de datos suficientes en el supuesto de hecho, no puedo afirmar con certeza que tengan esta posibilidad, pero podría existir.

Lo que sí que está claro, es que pueden dirigirse contra la nueva sociedad, es decir, contra “A Tu Medida S.L.”, por medio de la doctrina del levantamiento del velo, ya que lo que se produce aquí es una sucesión de empresa, donde los dos socios en cuestión, crean la misma sociedad con un nombre distinto, para continuar con la misma actividad que ya llevaba a cabo “Tu Piel S.L.” evitando así hacer frente a las deudas sociales. Mi recomendación es que demande solidariamente a ambos socios y a la nueva sociedad, ya que las probabilidades de éxito son muy elevadas.

- Con respecto a la posibilidad de recibir Teresa los 2.000 euros mensuales, tengo que decir que no podría percibir tal remuneración porque nada se prevé en los estatutos sobre la remuneración de los administradores ni ejerce realmente unas funciones distintas de aquellas que le corresponderían por ser administrador. En caso de que la remuneración que recibe sea por su cargo de administrador, Daniel tendría que impugnar el acuerdo por ser contrario a los estatutos, ya que estos nada prevén sobre tal remuneración. Si por el contrario, recibe esa cantidad por la prestación de otras funciones a la sociedad, habría que impugnar el acuerdo argumentando que va en contra del interés social, ya que es él el que realiza su propio nombramiento, y ejercitar la acción social de responsabilidad por el perjuicio que causa a la sociedad la actuación del administrador.

## V) BIBLIOGRAFÍA Y PÁGINAS WEB

ALFARO AGUILA REAL, JESÚS, “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, en *InDret: revista para el análisis del derecho*, núm. 253, 2004.

BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ CANO, ALBERTO/ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, JOSÉ DOMINGO/ BARBA DE VEGA, JOSÉ, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, 1.988.

BOLDÓ RODA, CARMEN, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 4ª ed., Aranzadi, 2.006.

BROSETA PONS, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Contratos mercantiles, derecho de los títulos valores y derecho concursal*, 21ª ed., Técno, 2.014.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 5ª ed., Civitas, 2.006.

DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed., Civitas, 2.011.

DÍEZ PICAZO, LUIS/ GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de derecho civil, derecho de cosas y derecho inmobiliario registral, volumen III*, 5ª ed., Técno, 1.994.

GÁLVEZ CRIADO, ANTONIO, *La asunción de deuda en el derecho civil. Asunción liberatoria, asunción cumulativa y supuestos concretos*, Tirant lo Blanch, 2.007.

GARCÍA VILLARRUBIA, MANUEL, “El derecho de información del socio como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales. Cuestiones sustantivas y procesales”, en *revista de derecho mercantil*, núm. 29, 2.015.

HURTADO COBLES, JOSÉ, *La doctrina del levantamiento del velo societario en España y Hispanoamérica*, Atelier, 2.008.

LA CASA GARCÍA, RAFAEL, *Responsabilidad y aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada*, Marcial Pons, 2.008.

LASARTE, CARLOS, *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de derecho civil IV*, 10ª ed., Marcial Pons, 2.010.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS/ PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL/ DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, *Curso de derecho civil, derechos reales (III)*, 3ª ed., Cóllex, 2.011.

MENÉNDEZ, AURELIO/ ROJO, ÁNGEL, *Lecciones de derecho mercantil, volumen II*, 12ª ed., Civitas, 2.014.

MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA, “En el derecho antitrust también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”, en *revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 13, 2013.

MORAL MARÍN, ISABEL, *La indemnización por despido*, Aranzadi, 2.006.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho penal, parte especial, 19ª ed., Tirant lo Blanch, 2.013.

NAVARRO FRÍA, ISABEL MARÍA/ MELERO BOSCH, LOURDES VERÓNICA, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital” en revista de derecho de sociedades, núm. 40, 2.013.

NÚMERO 94 DEL BOLETÍN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, Abril de 2009.

PULGAR EZQUERRA, JUANA “Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada” en revista de derecho de sociedades, núm. 44, 2.015.

PUIG BRUTAU, JOSÉ, Fundamentos de derecho civil. El derecho real-la posesión-la propiedad y sus límites- adquisición y pérdida- ejercicio de acciones, tomo III, 4ª ed., Bosch, 1.994.

PUIG BRUTAU, JOSÉ, Fundamentos de derecho Civil, enriquecimiento injusto-responsabilidad extracontractual- derecho a la intimidad, tomo II, volumen III, Bosch, 1983.

RUBIO, JESÚS, Derecho cambiario, Impreso por gráficas Hergón, S.L., 1.973.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO/ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, JUAN, Instituciones de derecho mercantil, volumen II, 37ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2.009.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO/ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, JUAN, Instituciones de derecho mercantil, volumen II, 37ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2.015.

SANCIÑENA ASURMENDI, CAMINO, La usucapión inmobiliaria, 1ª ed., Aranzadi, 2.009.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, Lecciones de derecho penal, parte especial, 4ª ed., Atelier, 2.015.

[www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

[www.cendoj.es](http://www.cendoj.es)

[www.noticiasjuridicas.es](http://www.noticiasjuridicas.es)