



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**CASO Nº1: LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL
DEDICADA A LA PELETERÍA**

Autor:

Tutora:

Alberto Regueiro Marmoyer

Profª. Drª. María Carolina Pereira Sáez

ÍNDICE

CONTEXTUALIZACIÓN.....	1
CUESTIÓN PRIMERA - DE LOS HECHOS RELATIVOS A UN PAGARÉ FALSO	
1. Caracteres generales.....	3
1.1 Introducción y marco legislativo.....	3
1.2 Calificación jurídica sobre la viabilidad de "A túa Pel S.L.".....	5
1.3 Dictamen sobre la responsabilidad del aportante.....	7
1.4 Responsabilidades penales.....	8
CUESTIÓN SEGUNDA - DE LO RELATIVO A UNA CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA	
1. Introducción.....	10
2. Notas generales sobre la accesión inversa.....	10
3. Conclusiones sobre la adquisición del terreno.....	12
4. Acciones.....	13
4.1 Introducción.....	13
4.2 Acción de deslinde.....	14
4.3 Acción reivindicatoria.....	15
5. Consecuencias para D. Alejandro.....	16
5.1 Responsabilidad del aportante.....	16
5.2 Saneamiento por evicción.....	17
CUESTIÓN TERCERA - DE LAS CONTROVERSIAS ENTRE DÑA. TERESA Y DÑA. SOLEDAD	
1. Introducción y marco legislativo.....	18
2. Sobre la asunción de deudas.....	19
3. Conclusiones sobre el pago de las indemnizaciones a los trabajadores.....	22
4. Comentario a la prohibición de competencia.....	24
CUESTIÓN CUARTA - DE LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS	
1. Introducción y marco legislativo.....	26
2. Acuerdo nulo: Relativo a la vulneración del Derecho a la información.....	27
3. Acuerdo lesivo: Relativo a la vulneración del interés social.....	30
4. Acciones contra los administradores.....	31
4.1 Viabilidad de la acción social de responsabilidad.....	32
4.2 Imposibilidad del ejercicio de la acción individual de responsabilidad.....	33
5. Posibilidades de exoneración.....	34
CUESTIÓN QUINTA - DE LOS CRÉDITOS DE LOS ACREEDORES	
1. Introducción.....	35
1.2 Aclaración de la cuestión.....	35
1.3 Cuestiones relevantes.....	35
2. Vías de cobro de los créditos por parte de los acreedores.....	36
2.1 Disolución Judicial.....	36
2.2 Responsabilidad solidaria de los administradores.....	36
2.3 Acción individual de responsabilidad.....	38
2.4 Doctrina del "Levantamiento del Velo".....	38
CUESTIÓN SEXTA - DE LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRADORA	
1. Introducción.....	41
2. Estudio sobre el salario de la Administradora de "A tú Medida S.L.".....	41
3. Consideraciones sobre las vías para revertir la situación.....	43
CONCLUSIONES GENERALES	
- Cuestión primera.....	45
I. Viabilidad de la Sociedad.....	45
II. Dictamen sobre la responsabilidad del aportante.....	45
III. Responsabilidades penales.....	45
- Cuestión Segunda.....	45
I. Adquisición de la propiedad.....	45
II. Acciones del propietario de la finca invadida.....	45
III. Consecuencias para D. Alejandro.....	45

- Cuestión tercera.....	45
I. Asunción de deudas.....	45
II. Indemnizaciones a los trabajadores.....	45
III. Prohibición de competencia.....	45
- Cuestión cuarta.....	46
I. Posibilidad de declarar nulos los acuerdos.....	46
II. Acciones contra los administradores.....	46
- Cuestión quinta.....	46
I. Vías de cobro de los créditos por parte de los acreedores.....	46
- Cuestión sexta.....	46
I. Retribución de Dña. Teresa.....	46
II. Posibilidad de revocación por D. Daniel.....	46
BIBLIOGRAFÍA.....	47

CONTEXTUALIZACIÓN

En maio de 2006, don Adrián Gómez, don Alejandro Hernández, dona Teresa Medina, don Daniel López e dona Inmaculada Fernández deciden unir as súas vontades para constituír unha Sociedade Limitada baixo a denominación de «*A túa Pel, S.L.*», dedicada á fabricación e comercialización de artigos de pel e marroquinería. O capital social desta mercantil reflectido na escritura de constitución ascendeu a 50 000 euros, e encontrábase dividido en 5000 accións de 10 euros de valor nominal cada unha delas, froito das seguintes achegas sociais:

- Daniel López e Inmaculada Fernández achegaron, cada un, 10 000 euros en efectivo.
- Adrián Gómez achegou á sociedade un crédito ao seu favor documentado nunha obriga de pagamento da cal era posuidor, en que se sinalaba como data de vencemento o día 19 de decembro de 2006, sendo o importe establecido nela de 10 000 euros. Na obriga de pagamento figuraba como emisora a entidade «*Construcións Manolo, S.L.*».
- Alejandro Hernández achegou no acto de outorgamento da escritura de constitución un terreo da súa propiedade de 1000 m² de superficie, valorada en 10 000 euros, na cal realizara a construción dunha nave en outubro de 1995, que os socios pretendían empregar como almacén.
- Teresa Medina achegou á sociedade un pequeno negocio de amaños téxtiles valorado en 10 000 euros, do cal era titular desde agosto do 2004. A dita titularidade fora adquirida como consecuencia dunha compravenda efectuada a dona Soledad García, da que xurdiron tras esta diferentes controversias entre as partes.

Por unha banda, dona Teresa negouse a facer fronte ao pago tanto dunha factura a nome do establecemento, presentada ao cobro o 23 de decembro de 2004, como ao importe de 8500 euros correspondentes ás indemnizacións por despedimento e salarios de tramitación de dúas traballadoras que foran despedidas en agosto de 2004. Dona Teresa argumenta que a factura se corresponde co importe pendente de satisfacer por unhas obras no establecemento realizadas entre maio e xuño, as cales non pensaba pagar ela, do mesmo xeito que o importe esixido polos despedimentos, alegando que no contrato de compravenda se asinou unha cláusula que establecía que «*no caso de que se esixa o pagamento de indemnizacións a calquera empregado, estas correrán a cargo do transmitente*».

Pero, ademais, dona Teresa queixábase de que o negociou experimentara un forte descenso na afluencia de clientes a partir de novembro dese ano, coincidindo coa apertura dun novo establecemento no mesmo municipio dedicado á confección téxtil, cuxa titular era dona Soledad.

Finalmente, a sociedade «*A túa Pel, S.L.*» é inscrita no Rexistro Mercantil o 9 de agosto de 2006, e os estatutos establecen que o órgano de administración se estrutura como Consello de Administración e está integrado por 3 membros: don Gonzalo de Ulloa, que ostenta o cargo de presidente, don Daniel López e dona Teresa Medina. Entre as facultades atribuídas polos estatutos a este órgano encóntranse as de convocatoria de Xunta Xeral, e a dirección, administración e representación social.

O día 15 de xuño de 2015 celébrase Xunta Xeral Ordinaria, tras a convocatoria levada a cabo por don Gonzalo de Ulloa dentro do prazo legalmente previsto. Os socios Alejandro e Inmaculada, ante as sospeitas de que se alugou a metade do almacén da sociedade a un primo de don Gonzalo pola nimia cantidade de 100 euros mensuais, e visto o anuncio da convocatoria, deciden solicitar por escrito á sociedade, o 9 de xuño, o detalle das partidas de ingresos que figuran na conta de perdas e ganancias do exercicio 2014, a cal forma parte das contas anuais do exercicio que deben ser aprobadas na Xunta. Ambos reciben resposta por escrito o 11 de xuño, en que o presidente denega tal información argumentando que esta é confidencial e a súa publicidade podería ocasionar prexuízos para a sociedade.

Á Xunta Xeral acoden todos os socios e apróbanse todos os acordos (relativos á aprobación das contas anuais, informe de xestión e aplicación do resultado, e aprobación da xestión do Consello de Administración), aínda que votaron en contra D. Alejandro e D.^a Inmaculada, pedindo esta última que se faga constar en acta a súa oposición.

Tras a perda de confianza, e debido ás desavinzas existentes entre os socios, D.^a Inmaculada, D. Alejandro e D. Adrián deciden marchar da sociedade, comprando as súas accións por metade D. Daniel e D.^a Teresa, converténdose D. Daniel en administrador único, tras a correspondente modificación dos estatutos. Con todo, tras uns meses, os problemas financeiros da empresa comezan a ser moi perentorias, provocando a falta de pagamento de facturas de distintos provedores e debedores, polo que ambos os socios deciden interromper a actividade da empresa, sen levar a cabo ningún trámite.

Semanas máis tarde, ambos deciden constituír unha nova sociedade, «*Á túa medida, S.L.*», coa esperanza de ter maior fortuna, na cal D.^a Teresa é administradora única e percibe unha retribución de 2000 euros mensuais polo concepto de levar a xestión da política xeral da empresa. A través desta nova sociedade levan a cabo a mesma actividade que xa viñan desenvolvendo en «*A túa pel, S.L.*», e para iso contratan os 10 empregados cos que xa contaran nesa sociedade.

CUESTIÓN PRIMERA

DE LOS HECHOS RELATIVOS A UN PAGARÉ FALSO

Chegado o día do vencemento da obriga de pagamento achegada por Adrián Gómez, «Construcións Manolo, S.L.» non atende o dito pagamento e manifesta que non expediu a devandita obriga de pagamento nin recoñece a existencia da débeda por non derivar de ningunha operación mercantil co señor Gómez.

Se resultase probado que este último falsificou a firma do título-valor, así como que o selo non corresponde co da empresa emisora deste, que consecuencias xurídicas poderían derivarse desta conduta?

1. Caracteres generales

1.1 Introducción y marco legislativo

Debido a la existencia de diferentes ángulos desde los cuales abordar esta primera pregunta, primeramente comenzaré haciendo una breve síntesis de los caracteres esenciales de las aportaciones no dinerarias encuadradas en el marco legislativo correspondiente en el momento en el cual se suscitan los hechos. A continuación, entrando en el fondo de la cuestión, esclareceré las controversias existentes en referencia a la futura viabilidad de la Sociedad, la responsabilidad del aportante así como la resolución penal que en mi opinión podría aplicarse a este primer punto.

Por lo tanto, no podría comenzar esta cuestión de otra manera que no fuese haciendo una breve referencia al capital social de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. El capital social de una sociedad, en este caso una Sociedad de Responsabilidad Limitada, es la cifra, contenida en los estatutos de dicha sociedad, que expresa el valor de los bienes y dineros equivalente a las aportaciones realizadas por los socios al adquirir sus correspondientes participaciones. Como bien sabemos, estas aportaciones pueden ser dinerarias o no dinerarias, siendo estas últimas el objeto central de la cuestión planteada.

Atendiendo a lo reflejado en la legislación aplicable en el momento de comisión del hecho delictivo suscitado en el supuesto de hecho, es menester, primeramente, trasladar toda nuestra atención a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada en lugar de a la Ley de Sociedades de Capital vigente actualmente dado que en el momento de desarrollo de los hechos se encontraba vigente la primera de ellas ¹.

Una vez aclarada la posible duda referente a la normativa aplicable, y, como bien dije, atendiendo a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, debemos acudir a su art. 18 para conocer lo que, gracias a la misma, se considerará objeto de dichas aportaciones. De este modo, es clave resaltar del mismo dos hechos: primeramente que cada aportación, "salvo que expresamente se estipule de otro modo",

¹ "Es doctrina Jurisprudencial (Sentencias de 3 de mayo de 1963 y 7 de mayo de 1968) que nuestro ordenamiento positivo se inspira en el principio "tempus regit actum" o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter, como también declara el Derecho histórico" Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1995.

será considerada en título de propiedad y, por otro lado, que ni el trabajo ni los servicios podrán considerarse como aportaciones ya que solamente son objeto de esto los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica.

Tras lo expuesto, entendemos, atendiendo a la literalidad de la norma, que existen otras figuras, además de el dinero, que pueden ser objeto de una aportación social constituyendo, así, lo que conocemos como aportaciones no dinerarias entre las cuales se incluye el documento clave en este punto -un pagaré- ya que se trata de un derecho de crédito. De cualquier manera, este tipo de aportaciones deberán determinarse con rigor en el momento de un aumento de capital o de constitución de la sociedad, otorgando, el aportante, todos los datos requeridos² -registrales, descriptivos o valorativos- y gozando de gran importancia a la hora de delimitación de responsabilidades la numeración de las participaciones asignadas tras el pago.

A diferencia de lo que sucedía con la normativa³ anterior, la analizada para la resolución de esta pregunta no contempla ninguna referencia a las obligaciones del aportante, remitiendo, de esta manera en el artículo 20, al Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Vigente hasta el año 2010) y más concretamente a su artículo 39 en el cual se contemplan dos reglas fundamentales sobre la responsabilidad de éste. Dado que en este momento lo que nos interesa son las obligaciones en relación con un pagaré o derecho de crédito, se establece con respecto a esto que si la aportación consistiese en lo mencionado, deberá responder el aportante tanto de su legitimidad como de la solvencia del deudor, cuestión capital en relación a lo que estamos analizando.

Un tema complejo, sino el que más, en el desarrollo de esta cuestión, es el referente a la responsabilidad de la realidad y valoración de estas aportaciones. Menciono esa dificultad debido a que para encarar el problema de la valoración y de la realidad se sigue el sistema de la responsabilidad personal y solidaria de los socios sin necesidad de que exista un informe de un experto independiente sobre dicha valoración, si bien, voluntariamente, podría acudir al mismo para derribar esa presunción de responsabilidad.

Ahora bien, llegados a este momento, cabe hacer una distinción referente por un lado, a los posibles sujetos responsables y por otro, a la acción de responsabilidad. En cuanto a los primeros, debemos acudir al artículo 21 de la LSRL, dónde se esclarecen claramente. Atendiendo al mismo nos podemos encontrar dos casos:

- Los que, en el momento de la aprobación de la realización y valoración de las aportaciones no dinerarias se hallaren bajo la condición de socios, es decir, o los fundadores en el momento de constitución de la sociedad o un socio cualquiera en el momento de un aumento de capital independientemente de que posteriormente se pudiese perder esa condición de socio.

² "1. En la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento del capital social deberán describirse las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales si existieran, la valoración en pesetas que se les atribuya, así como la numeración de las participaciones asignadas en pago." Art. 20.1 de la Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

³ V. Art. 8 de la Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

- Si bien los supuestos responsables se apuntan en el guión anterior, existe otro caso derivado de la interpretación jurisprudencial relativo a aquellos que adquirieren las participaciones desembolsadas a través de puntuales y determinadas aportaciones que podrían generar responsabilidad derivada de su realidad o valoración.

A pesar de responder todos ellos frente a la sociedad y a los posibles acreedores sociales, también debemos añadir a los administradores para el caso de que estas aportaciones no dinerarias se realicen en el momento de un aumento de capital de manera que su responsabilidad se limitará a la diferencia existente entre la valoración de las mismas llevada a cabo por estos en cumplimiento del mandato legal, contenido en el artículo 74.3 de la LSRL, y el valor real de las aportaciones. Esto es así salvo para aquellos miembros del órgano de administración que no habiendo intervenido en la realización y valoración del informe referente a la valoración y realidad de las mismas, prueben desconocer la existencia de este y se hayan encargado de oponerse expresamente a la vez que tratasen de evitar el daño por todos los medios a su alcance.

Como toda regla general, la de los posibles sujetos responsables también tiene su excepción, o, en este caso, excepciones que es conveniente mencionar. De una mano, mediando acuerdo de aumento del capital social, se exceptiona la responsabilidad de aquellos socios que se opongan -haciendo constar en acta esa oposición- a dicho acuerdo o a la valoración de la aportación de acuerdo con el artículo 21.1 párrafo segundo de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. De otra mano, se aplica la exclusión de responsabilidad solidaria a los socios que habiendo realizado una aportación no dinerarias, esta se encontrare sujeta a valoración pericial tal y como dice el punto quinto del mismo artículo.

Como ya se expuso, la parte última digna de mención en cuanto a lo que a las aportaciones sociales concierne en esta primera pregunta, es aquella que versa sobre la acción de responsabilidad.

Acudiendo de nuevo a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y más concretamente a su artículo 21, se especifica taxativamente que los administradores o los liquidadores serán, sin necesidad de acudir a la Junta, los legitimados de llevarla a cabo. En este caso, parece desprenderse de la redacción de la Ley que no es una capacidad potestativa sino que están en la obligación del ejercicio de la acción siempre que se den las circunstancias requeridas, tales como una falta de realización de la aportación o una incorrecta valoración, respondiendo en caso contrario.

La responsabilidad que se pudiese denunciar mediante la acción citada -la cual además de por los administradores o liquidadores puede ser ejecutada por aquellos socios que representen al menos un 5% del capital social y por cualquier acreedor siempre que se de la insolvencia de la sociedad- prescribe a los cinco años de la realización de la aportación.

1.2 Calificación jurídica sobre la viabilidad de "A túa Pel S.L."

Una vez aclarado los tipos de aportaciones así como las notas relevantes de aquellas que ocupan nuestro estudio actualmente, es momento de abordar la cuestión en si. Dicha cuestión puede ser atacada desde distintos ángulos analizando las diferentes vicisitudes jurídicas generadas, si bien es necesario, al mismo tiempo, la comprensión de dicha

pregunta como un todo uniforme y no su análisis por segmentos puesto podría llevarnos a error o equívocos.

El primero de los ángulos analizados -el de la futura viabilidad de la Sociedad- encuentra en el pagaré⁴ toda la problemática que a continuación expongo. Por partes: de considerarse el pagaré como válido en el momento de constitución de la Sociedad, tal y como parece indicarse puesto no se menciona lo contrario, una vez aportado por D. Adrián Gómez, el Notario deberá, de acuerdo con la legislación mercantil, describir el documento en las formas previstas para ello. Puede suscitarse la duda de la necesidad de realizar un posible contrato de cesión de créditos⁵ o, en su defecto, endosar el pagaré pero estas opciones podrían desecharse pues basta con lo descrito.

Pero esto no sucede. Lo que realmente sucede es la falsificación, probada posteriormente, de un documento mercantil, el pagaré, que pone en peligro la continuidad de la Compañía. Ahora bien, ¿devendría nula la Sociedad una vez se prueba la falsedad de dicho documento? Para contestar a esta pregunta debemos hacer referencia al art. 16 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada pues es donde hallamos las causas de nulidad de este tipo de sociedades. Más concretamente, a tenor de lo estipulado, la clave de la cuestión la encontramos en el apartado que versa literalmente "d) *Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social.*". El hecho de que, entre el momento de aportación del pagaré en concepto de aportación no dineraria y aquel en el que se prueba y declara como falso, discorra un período de tiempo, nos lleva a hacer dos posibles interpretaciones de la Ley totalmente contradictorias. Mientras que por un lado, haciendo caso estricto a la literalidad de la norma sería posible declarar la nulidad de la Sociedad por entender que el capital no está enteramente desembolsado, aunque si suscrito, por otro lado la jurisprudencia ha venido reiterando que en este tipo de casos que el hecho de que el pagaré sea falso no constituye una causa de nulidad por falta de desembolso de la totalidad del capital social puesto que a pesar de ser falso tenemos ese documento aportado en el momento de constitución de la Sociedad que tiene un determinado valor patrimonial -10.000 EUROS en este caso- y, como ya he mencionado, en aplicación de la jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo, no puede producirse una nulidad sobrevenida de la sociedad por una disminución del capital social que tiene lugar por haberse demostrado posteriormente la falsedad de un pagaré aportado en el momento de la constitución⁶. Lo que si podría darse entonces, es la disolución por causa de disminución

⁴ "Título valor nominativo o a la orden por el que su emisor o firmante promete pagar a su tenedor legítimo la cuantía monetaria señalada en el instrumento cambiario a su vencimiento. cuya regulación se encuentra en los artículos 94-105 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque." UNED, *Enciclopedia Jurídica*.

⁵ "La cesión de crédito, como sustitución de la persona del acreedor por otra respecto del mismo crédito, supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria (...) cuya cesión es admitida, con carácter general, por el artículo 1112 del Código Civil y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1526 y siguientes del mismo cuerpo legal, como negocio jurídico, sea o no contrato de compraventa". Sentencias de 15 de noviembre de 1990, 22 de febrero de 1994 y 18 de julio de 2005.

⁶ "Los supuestos de rescisión de las aportaciones posteriores a la constitución e inscripción de las sociedades no constituyen causas de nulidad sobrevenida, sino de disolución de las sociedades en el caso que, debido a la concurrencia de este tipo de circunstancias, el capital social quede reducido por debajo del mínimo legal" STS de 5 de julio de 2012.

del capital más allá de los límites permitidos, pero no la nulidad por causa sobrevenida. De todos modos, dado que el mínimo legal del capital social de este tipo societario, es de 3.000 EUROS, no se daría tampoco la disolución de la Sociedad ya que si bien el mismo podría verse mermado en la cantidad de 10.000 EUROS correspondientes al pagaré falso, que a continuación veremos quien responde sobre dicha cantidad, esta merma no sería suficiente para su disolución ya que todavía contaríamos con 40.000 EUROS de capital social.

1.3 Dictamen sobre la responsabilidad del aportante

Podemos preguntarnos ahora que sucede con la cantidad del capital social correspondiente al pagaré falso. Como bien dije en la introducción a esta pregunta, a pesar de que en la Ley vigente anteriormente a la aplicada a este supuesto se consideraba el tema de la responsabilidad del aportante del crédito, en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Vigente hasta el 01 de Septiembre de 2010), esto no sucede, siendo necesario, en virtud de su artículo 20, acudir al artículo 39 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010) que versa literalmente en su punto segundo:

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

Teniendo en cuenta el párrafo precedente parece claro que será el aportante, D. Adrián quien responderá por la aportación de un pagaré, que como bien he dicho, es falso. La falsedad del mismo radica en una invención del individuo con el fin de cometer el delito de estafa mediante aquel de falsedad documental, que explicaré posteriormente, con el fin de cometer un engaño que le produzca un beneficio en su patrimonio. Para ello, se sirve del nombre de otra Sociedad simulando la emisión de un pagaré en su favor que, tal y como se aporta en los datos del supuesto, se ha demostrado que es completamente falso.

Tras dejar claro que el aportante responde de la legitimidad de tal pagaré debo mencionar que la vía para exigir dicha responsabilidad no es otra que la del artículo 21 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. A tenor de lo dispuesto en el mismo, entiendo que serán los Administradores los encargados de ejercitar la acción de responsabilidad sin necesidad de acuerdo previo alguno ya que no estamos ante un caso de acuerdo de un aumento de capital donde también estarían legitimados aquellos socios que contasen con un 5% del capital social o más.

Por otra parte, este mismo artículo ofrece una responsabilidad solidaria para el caso, como el que es objeto de este análisis, de haber una irregularidad en la realidad de la aportación no dineraria. Atendiendo a su punto primero y teniendo en cuenta que no estamos ante una situación de aumento de capital social, responderán solidariamente los socios fundadores con quien haya adquirido alguna participación derivada de una aportación no dineraria -D. Daniel López, Dña. Teresa Medina, Dña. Inmaculada Fernández, D. Alejandro Hernández y D. Adrián Gómez-.

Si combinamos este artículo 21 de la LSRL con el artículo 39.2 de la LSA mencionado anteriormente en conexión con el artículo 20 de la primera de las Leyes, parece evidente

que si bien estamos ante una responsabilidad solidaria, el que debería responder es el aportante por la legitimidad de su aportación. De todos modos, dado que es posible dirigirse contra una pluralidad de personas que responderán de forma solidaria, la persona que fuese objeto de esa acción de responsabilidad podrá reclamar posteriormente a D. Adrián, mediante una acción de repetición, la cantidad que le haya sido requerida, que en este caso, serán los 10.000 Euros correspondientes al valor de la aportación falsa.

1.4 Responsabilidades penales

Como anteriormente bien he dicho, la solución de lo que nos ocupa en esta primera pregunta debe darse desde dos puntos. Habiendo sido analizado el primero de ellos, el de la viabilidad de la Sociedad –así como las posibles responsabilidades-, es momento de tratar las posibles consecuencias penales derivadas para el defraudador.

Nos encontramos por un lado con la falsificación de un documento mercantil, el pagaré, mientras que por otro lado nos encontramos con un indiscutible animo de engaño desde el momento en que D. Adrián pretende como verdadero el hecho de estar en posesión de un derecho de crédito en forma de pagaré contra “Construcciones Manolo S.L.” con el fin de hacer caer en error a sus nuevos socios en la constitución de la sociedad “A túa Pel S.L.”. El motivo de esto viene marcado por una participación en dicha Sociedad que a medio o largo plazo podría darle beneficios económicos, considerando esto como finalidad última de D. Adrián.

El primero de los delitos enjuiciados por nuestra parte, aquel que versa sobre la falsificación del pagaré, está tipificado actualmente en el artículo 392 de la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal:

“1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.”, si bien es necesario, como bien se indica, acudir al artículo 390 del mismo Código para lograr una subsunción óptima del mismo. Así, a la hora de combinar el anteriormente mencionado con el artículo 390. 2 podemos observar como se encaja perfectamente este delito ya que tal y como se expone, D. Adrián trata de obtener su propio beneficio simulando un documento mercantil⁷ con el fin de obtener un engaño creíble que pueda inducir a error, tal y como literalmente versa este segundo precepto: *“2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.”*

Una vez identificados los delitos por los que va a responder nuestro sujeto, veremos la manera en la que responderá. Aquí es esencial acudir a la jurisprudencia aportada por el Tribunal Supremo en distintas ocasiones. Debido a la variación de la misma a lo largo del tiempo, analizaremos lo que sucedía antes y después de la reforma del Código Penal acaecida en el año 2010 que, en cierto modo, afecta al asunto a tratar en la medida en que

⁷ La STS 1590/2003, de 22 de abril, señala entre los considerados documentos mercantiles a los efectos del delito de falsificación los siguientes: "a) Los que, dotados de nomen iuris, se encuentran regulados en el Código de Comercio o en Leyes especiales, tales como letras de cambio, cheques, pagarés, cartas- orden de crédito, acciones y obligaciones emitidas por sociedades de responsabilidad limitada, libretas de ahorro, pólizas bancarias de crédito, tarjetas de crédito, cartas de porte, pólizas de fletamento, conocimientos de embargo, pólizas de seguro”.

se ve derogada la circunstancia 3ª prevista en el punto primero del artículo 250. Esta circunstancia contemplaba un versión agravada del delito de estafa en el momento en que *"se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio"*. Con esta figura se abarcaba una amplia amalgama delictiva⁸ relacionada con los instrumentos ilícitos de pago que hoy en día es complicado colmar eficazmente.

Siguiendo con la interpretación de situaciones similares a esta realizada por el Tribunal Supremo, es de una importancia capital mencionar la *STS 180/2007, de 6 de marzo de 2007* ya que en ella, este órgano asienta, tras una dura labor interpretativa, las tres posibles vías de conjunción de los delitos que nos ocupan⁹ lo que llevaría a que, teniendo también en cuenta criterios anteriores¹⁰ tomados por el Pleno no jurisdiccional de esa misma Sala Segunda se concluyese que en este tipo de casos habría de optarse por la aplicación de un concurso medial entre ambos delitos, si bien, el de estafa, siempre en su vertiente agravada.

Con la reforma sufrida en el año 2010 se produce un ligero cambio en cuanto al tratamiento de la estafa agravada que hace que esta desaparezca¹¹ por lo que, en consecuencia, y atendiendo a gran cantidad de jurisprudencia encontrada en este sentido dictada por el Tribunal Supremo¹², se le de un tratamiento al asunto que encuentra

⁸ La STS 452/2011, de 31 de mayo, aplicando retroactivamente la reforma, "contemplaba todas las posibles constelaciones de uso perverso e ilícito del medio de pago, tanto si se engañaba a través de la apariencia de solvencia emitiendo un cheque sin cobertura, como si la maniobra fraudulenta se instrumentalizaba mediante la falsificación de título valor, doblegando la voluntad del perjudicado para inducirle a la realización del negocio que habría de perjudicarle".

⁹ STS 180/2007, de 6 de marzo de 2007: "la situación del delito de estafa cometido a medio de cheque, pagaré o letra de cambio, tuvo tres respuestas por parte de la jurisprudencia de esta Sala en orden a determinar su punición:

Doctrina de la consunción, según la cual, se estaría ante un concurso aparente de normas entre el delito de falsedad y la estafa cometida a través de cheque, pagaré o letra de cambio, que debe resolverse de acuerdo con el artículo 8.3º CP en favor del tipo de estafa agravado del artículo 250.1.3º.

Doctrina del concurso medial entre la falsedad y la estafa agravada del artículo 250.1.3º a resolver por la aplicación de las reglas del concurso medial entre ambas figuras y con aplicación del artículo 77 CP.

Doctrina de la autonomía de ambas figuras y en particular, manteniendo el desvalor específico de la falsificación, independientemente de su posterior uso para estafar. En cuyo caso se estaría en un concurso medial entre la falsedad y la estafa básica del artículo 248, sin aplicación del supuesto del núm. 3 del artículo 250 porque el desvalor de la falsificación ya queda sancionado con la autónoma punibilidad de la falsedad."

¹⁰ "La falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa, debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del artículo 250.1.3 CP y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo Cuerpo Legal" Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS fecha 8 de marzo de 2002.

¹¹ La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, suprime esta agravación y lo explica su Exposición de Motivos: "el sistema de cualificaciones o agravantes específicas propio de la estafa ha venido planteando problemas interpretativos en la praxis, pues da lugar a que se superpongan dobles valoraciones jurídicas sobre unos mismos elementos del hecho, cosa que es parcialmente evidente cuando se trata de la modalidad de uso de cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio –que, además, puede confundirse con alguna modalidad de falsedad documental- que son, a su vez, instrumento y materialización del engaño, y no algo que se sume al ardid defraudatorio, por lo cual su valoración separada es innecesaria".

¹² V. SSTS de 10 de junio de 1986, 19 de junio de 1986 (, 6 de julio de 1988, 16 de enero de 1990, 899/1992, de 21 de abril, 2015/2001, de 29 de octubre, 746/2002, de 19 de abril, 1538/2005, de 27 de diciembre, 671/2006, de 21 de junio, 640/2007, de 6 de julio, 1016/2010, de 24 de noviembre, 78/2011, de 18 de febrero, 305/2011, de 12 de abril, 431/2011, de 26 de abril, 484/2011, de 31 de mayo, 472/2012, de 12 de junio y 489/2012, de 12 de junio.

diferencias entre el caso de documentos públicos, oficiales o mercantiles del artículo 392 y aquel del 395 que versa sobre documento privado. Así, se acaba decidiendo que cuando la falsificación de este primer grupo de documentos sea un medio para la realización de la estafa, dado que estas falsificaciones no precisan defraudación o intento de esta para su perfección, se deberá tener en cuenta ese plus de antijuridicidad por lo que habrá de acudir a la vía del concurso ideal en su rama medial del artículo 77 del Código Penal.

A efectos de cálculo final de la pena que le corresponderá a D. Adrián habría de tenerse en cuenta que si bien él es el autor único de los hechos, lo es en grado de consumación del delito y no de tentativa¹³ puesto que el autor realiza todo aquello que estaba en sus manos para la consumación del delito, produciéndose esta en el momento en que en virtud de la aportación le son dadas participaciones sociales por el valor de la aportación no dineraria correspondiente al 20% del capital social de la Sociedad, lo cual era su objetivo.

CUESTIÓN SEGUNDA **DE LO RELATIVO A UNA CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA**

En marzo de 2016 descóbrese que, ao realizar a construción do terreo, don Alejandro invadiu 75 m² pertencentes ao terreo lindeiro. Argumente xuridicamente se a sociedade «A túa Pel, S.L.» adquirira ou non a propiedade da devandita franxa de terreo e sobre as accións que o propietario do terreo lindeiro podería exercer. No caso de que a sociedade non adquirise a propiedade, que consecuencias se derivarían para Don Alejandro?

1. Introducción

La estructuración de la respuesta a esta cuestión la he basado en atención a lo solicitado en la misma. De este modo, entiendo que es importante comenzar con una explicación de lo que considero como objeto principal -la figura de la accesión inversa- para a continuación destacar las conclusiones sobre la adquisición del terreno a las que he llegado así como las posibles acciones que podría ejercitar el propietario de la finca colindante -acción de deslinde y acción reivindicatoria- para finalizar con las consecuencias que se derivarían para D. Alejandro en caso de no ser adquirida la propiedad por la Sociedad.

2. Notas generales sobre la accesión inversa

La figura contemplada en este punto es la de la construcción extralimitada o, siguiendo la denominación otorgada jurisprudencialmente, la de la accesión invertida o inversa.

¹³ "El delito continuado de estafa lo es en grado de tentativa, y en atención a que el acusado ejecutó la totalidad de la acción delictiva, no llegando a consumarse el delito por causas ajenas a su voluntad, debe reducirse la pena en un grado, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 del Código Penal." SAP Madrid 49/2012, de 27 de mayo.

De forma general, el término *accesión* hace referencia a una modalidad de adquisición de la propiedad - así como a un derecho de *accesión* - en favor del propietario del suelo de manera que este podría hacer como propio todo aquello que, de manera natural o artificial, quede unido de alguna manera o acrezca en dicho suelo. Todo esto hay que contemplarlo bajo el principio *superficie solo cedit* desprendido de ese otro principio que versa *accessorium sequitur principali* ¹⁴.

Sin embargo, en posición contraria a este concepto, se ha desarrollado el concepto jurisprudencial de *accesión invertida* o *inversa* el cual se obtiene, simplemente, haciendo una inversión, como su propio nombre indica, de los caracteres del inicial. Así, nos encontramos con esta figura en el momento en que se realiza una construcción en terreno propio con invasión de parte de suelo ajeno de manera que el edificio se encuentra levantado sobre ambas propiedades colindantes. Este concepto se crea debido a la gran laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico ya que no existe respuesta precedente. Si pudiese separarse la parte edificada en terreno ajeno de dicho terreno y, sin perjuicio alguno para la edificación, serían de aplicación las normas relativas a la *accesión* continúa tipificadas en los artículos 358 y siguientes del Código Civil. Tampoco encaja con el supuesto del artículo 361 relativo a la *accesión* industrial inmobiliaria puesto que no se realiza toda la construcción en terreno ajeno sino que solamente una parte.

Debido a estas razones y a que de separarse la edificación se produciría un quebranto irremplazable, la jurisprudencia decidió en su momento sentar esta doctrina comenzando ya en los años 20 con la Sentencia de la Sala 1ª de 30 de junio de 1923 y, sobre todo, con la Sentencia de esa misma Sala de 31 de mayo de 1949, ambas del Tribunal Supremo.

Aunque esas han sido las Sentencias predecesoras ha habido otras posteriores que han gozado de mayor importancia por sus repercusiones¹⁵ siendo la Sentencia capital en este punto es la STS Sala 1ª de 14 octubre 2002, que remite a la STS Sala 1ª de 22 marzo 1996 ya que entre ambas asientan los requisitos para que se de la *accesión invertida* o *inversa*:

¹⁴ STSJ. Canarias 190/2010 de 23 de septiembre "Para el esclarecimiento de la cuestión suscitada en el recurso y sin perjuicio del pronunciamiento que ulteriormente se verifique por esta Sala, procede aludir, como introducción preliminar, a las connotaciones de carácter civil que lleva consigo la problemática planteada en el recurso y que se centran en que recogidos en los artículos 358 y 359 del Código Civil los principios generales sobre la *accesión* en bienes inmuebles, conforme a los cuales el suelo, por su calidad de estable y fijo, se considera como cosa principal y pasa a integrarse en su propiedad lo incorporado a él ("*superficies solo cedit*"), presumiéndose que todo lo que hay sobre el suelo pertenece al dueño de éste y ha sido hecho en su beneficio y a su costa, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado dichos principios, sentando al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1950 y la Resolución de la Dirección General de Registros de 19 de mayo de 1952 que los preceptos que regulan en el Código Civil la edificación o *accesión* industrial en bienes inmuebles responden al propósito de conferir a un solo titular el dominio de la finca, lo cual es puesto de relieve por el artículo 358 del Código Civil cuando estableciendo, más como norma jurídica imperativa que como presunción, que lo edificado pertenece al dueño del suelo, trata de evitar situaciones anormales de condominio sin cuotas homogéneas y la coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta sobre el suelo o derecho de superficie, que, como excepcionales, han de establecerse o pactarse expresamente, siendo así que cuando las obras no hayan sido hechas o costeadas por el propietario del suelo, sólo se producirá, en general, un derecho personal sobre la indemnización a que hubiere lugar, criterio en el que asimismo abundan las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1928 y 1 de febrero de 1979, al declarar que el derecho de superficie, en cuanto significa desmembramiento o grave limitación del dominio y constituye una verdadera excepción el principio "*aedificium solo cedit*" consagrado en el artículo 358 del Código Civil, ha de ser objeto de categórica constitución y no puede presumirse, siendo menester que se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo."

¹⁵ "La *accesión invertida* encuentra su justificación en razones de política económica social e incluso de vecindad, dando lugar a la inversión del principio, "*solo cedit superficie*" STS Sala 1ª de 7 noviembre 1995.

1. Que quien la pretenda sea titular de lo edificado¹⁶.
2. Que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena.

A pesar de que se entiende que se dará este requisito cuando la edificación invada terreno ajeno, no es posible descartar aquello relativo a la invasión del vuelo de territorio ajeno, de manera que, de darse, se equiparará a lo primero¹⁷.

3. Que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible.
4. Que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido¹⁸.
5. Que el edificante haya procedido de buena fe.

Esta buena fe no debe ser probada sino que debe probarse lo contrario por quien la niega. Hay que tener en cuenta que en Derechos Reales la buena fe se entiende en términos de conocimiento y no de actuación tal y como dice la STS de 5 de abril de 2001.

3. Conclusiones sobre la adquisición del terreno

Siguiendo la gran cantidad de jurisprudencia al respecto también cabe decir que esta adquisición no es del todo gratuita ya que deberá hacerse una “devolución sustitutoria de lo indebidamente aprehendido” tal y como dice la STS Sala 1ª de 6 mayo 2004: “Deberá indemnizarse en varios conceptos al dueño de la finca cuya franja invadida pasará a ser propiedad del constructor del edificio que lo hiciere de buena fe de manera extralimitada. En la valoración de esta indemnización deberá tenerse en cuenta el valor de la porción de terreno invadido -STS Sala 1ª de 8 noviembre 1989- así como la pérdida de valor del terreno restante. También deberá indemnizarse en concepto de daños y perjuicios debidos a la accesión en si sin caber, de ninguna manera, la consideración de perjuicios aquellos que se pudieren derivar de una expectativa de negocio, es decir, el lucro cesante puesto que como versa la STS Sala 1ª de 17 febrero 1992 el daño causado así como los posibles perjuicios se ven colmados con el pago del valor de la propiedad en el momento en que se reclama con su debida actualización monetaria”.

Independientemente de en quien hubiere recaído esta propiedad posteriormente, véase el posible caso de un constructor que vende pisos sobre lo edificado en dicha zona, será el edificante quien deberá responder de dicha devolución sustitutoria y no los adquirientes de buena fe, supuesto en el cual, si bien no hablamos de compradores, se podría subsumir nuestro caso, ya que la Sociedad adquiere la propiedad de buena fe debido a la aportación del individuo.

¹⁶ “No se puede hablar de construcción extralimitada si no se detenta, exclusiva o compartidamente, la propiedad de un terreno desde el cual se invade el solar ajeno” STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1998.

¹⁷ “La invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción, sino también, con igual fuerza, al erigirse una construcción que invade el vuelo, al tener proyección sobre las facultades dominicales” SAP Jaén, Sec. 1ª, de 12 de marzo de 1996.

¹⁸ La STS de 12 de noviembre de 1985 lo define como “una notoria plusvalía de lo construido respecto del lo ocupado”.

Por último, es necesario decir que aunque esta es la solución óptima y más utilizada en estos casos, se da la existencia de situaciones en las que dicha compensación no resulta equitativa con la expropiación ilícita que se ha hecho del patrimonio por lo que hay una serie de soluciones alternativas como pueden ser las siguientes:

- El propietario del terreno invadido tendrá la opción de solicitar el valor del mismo o bien el derrumbe de lo edificado así como una indemnización por daños y perjuicios.
- Posibilidad por parte del terrateniente de optar entre la solución dada o la compra del edificio entero por el precio marcado por el juez.
- Opción de la exigencia explicada más la cuantía del importe en el que el valor la edificación se haya visto aumentado con motivo de la invasión de ese terreno.
- Imposibilidad de adquisición de la propiedad del terreno invadido a cambio de una indemnización y una servidumbre forzosa sobre el.

Como vemos, las alternativas son variadas si bien en la mayoría de los casos se mantiene la posibilidad de optar por las indemnizaciones en las que la mayor parte de doctrina y jurisprudencia están conformes.

Pues bien, trasladando las consideraciones teóricas al terreno concreto nos encontramos lo siguiente. El socio aporta a la Sociedad dicha edificación con valor de 10.000 Euros la cual pasará desde ese momento a formar parte del capital social de la misma. Este acto es realizado de buena fe puesto el aportante no era consciente de su extralimitación dado que este hecho se descubre en marzo de 2016, pasados diez años desde la constitución de la Sociedad y veintiuno desde la construcción de la nave en dicho terreno. Entonces, la Sociedad, una vez descubierto este error a la hora de la construcción de la nave y ante los temores de posibles reclamaciones por parte del propietario original de esa franja de terreno, decide entablar una demanda de accesión inversa con el objetivo de adquirir la propiedad real y legal del todo formado por la nave y los territorios utilizados para su levantamiento. De esta manera, la Sociedad adquiriría la nave junto al territorio invadido de forma totalmente legítima siendo el aportante quien deberá hacerse cargo de la indemnización sustitutoria como ya he citado anteriormente.

4. Acciones

4.1 Introducción

Lo que podemos plantearnos una vez conocidos estos datos es ¿qué puede hacer el propietario de la finca colindante que ha sido invadida?

El perjudicado, puede ejercer una serie de acciones con el fin de recuperar su territorio.

Debemos considerar, pues, en mi opinión, dos modalidades de acciones, si bien una no excluye a la otra sino que son perfectamente compatibles. Estoy hablando de la acción de deslinde y de la acción reivindicatoria¹⁹

4.2 Acción de deslinde

El hecho de que entienda que es necesario el uso de una acción de deslinde reside en que, como ya se ha mencionado, en la mayor parte de la construcción extralimitada, esta se produce debido a una confusión en los límites del terreno, lo que no podría ser de otra forma puesto que, recordemos, esa extralimitación ha de ser de buena fe para que quepa la accesión invertida o inversa. Partiendo de esa concepción confusa de dichos límites, previo al ejercicio de la acción reivindicatoria que más tarde explicaré, es conveniente del ejercicio de la de deslinde por lo siguiente.

Citando la STS de 9 de marzo de 2015", "La facultad de deslinde está reconocida en el artículo 384, que consiste en la operación de marcar los límites entre dos o varias fincas" contando con la legitimación activa el propietario y los que tengan derechos reales sobre la finca. Para el ejercicio de esta acción deben darse los requisitos exigidos, que serán resultado de la conjunción de las distintas notadas dadas en la materia por sentencias tales como la Sentencia A.P. Pontevedra 425/2010 de 30 de junio, la STS de 3 de mayo de 2004 y las STS de 16 de octubre de 1990 y de 27 de enero de 1995 entre otras:

- Necesidad de la titularidad dominical o el correspondiente título constitutivo de un derecho real: Es necesario que se pruebe que dicha titularidad por parte del demandante y del demandado recaiga en predios colindantes ya que de no ser así no habrá deslinde.
- Identificación de la finca y confusión de linderos: Este presupuesto es esencial para poder realizarse el deslinde puesto que siguiendo la segunda de las sentencias mencionadas al inicio de esta explicación, no será viable la acción en cuestión cuando las propiedades se encuentren perfectamente identificadas y delimitadas por el tan simple hecho de que no existiría incertidumbre alguna que cerciorar.
- En atención a los dos más antiguos pronunciamientos anteriormente mencionados, el tercero de los requisitos versa alude a una citación del propietario del predio colindante que pudiera verse afectado por el deslinde.

A estos requisitos podría añadirse un último recogido en una muy reciente normativa que, de ejercitarse la acción en el momento actual -año 2016-, comprendería aquello a seguir en casos de deslinde de fincas no inscritas en el Registro de la Propiedad. Así, tratándose de este tipo de propiedades, será de aplicación el artículo 104 de la Ley 15/2015 de

¹⁹ La Jurisprudencia se pronuncia a favor de la compatibilidad entre ambas acciones. En este sentido la STS de 16 de noviembre de 2005, haciendo referencia a jurisprudencia anterior, ha establecido que "el presente litigio es de deslinde de propiedades, puesto que versa sobre la fijación del lindero que debe separar las dos fincas rústicas limítrofes de los litigantes, cuya mutua propiedad está reconocida por los mismos y en el que tan sólo se pide el reconocimiento del dominio respecto al trozo del monte que el demandado posee y el actor pretende que se le adjudique en el presente deslinde". Debido a esta afirmación, que no entra para nada a tratar términos de propiedad o posesión, las sentencias posteriores han tenido una línea similar admitiéndose generalmente la aplicación de dichas acciones de forma separada o conjunta.

Jurisdicción Voluntaria. Por otro lado, tratándose de fincas inscritas se aplicará lo estipulado en la legislación hipotecaria.

Cabe decir que a pesar de que la construcción de la nave se realiza en el año 1995, la aportación no dineraria se da en 2006 y el descubrimiento de la extralimitación en la construcción se da en 2016, la acción de deslinde no habrá prescrito pues es imprescriptible tal y como se encuentra tipificado en el artículo 1965 del Código Civil. Si bien, lo que sucede es que antes del ejercicio de esta acción, el colindante ya puede haber ganado la propiedad de esa franja de terreno por medio de la usucapión o prescripción adquisitiva.

Una vez tramitada y resuelta la acción por el Secretario Judicial como indican los artículos 106 y 107 de la mencionada Ley de Jurisdicción voluntaria, este trasladará el decreto y el acta al Catastro con el fin de que se realicen las modificaciones catastrales a las que se haya llegado.

4.3 Acción reivindicatoria

Una vez hecho esto, puesto entiendo que tras la resolución que debiere dar el Secretario Judicial se esclarecen los linderos reales entre ambas propiedades, y teniendo en cuenta que la acción de deslinde no excluye las discrepancias sobre la propiedad y la posesión, es momento de dar paso a la acción reivindicatoria.

Una y mil veces ha sido definida la acción reivindicatoria por resoluciones judiciales o bien por la doctrina seguida por numerosos y diferentes autores. Por ello, dado que todas atienden en parte a su regulación -contenida en el artículo 348.2 del Código Civil en virtud del cual se establece que *“El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”*- me parece más correcto, en orden a obtener una mayor seguridad en los términos, esclarecer el significado de esta acción en vista de lo concluído en una muy reciente STS de 22 de mayo de 2015 la cual considera ésta como la acción que puede ejercitar el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario para exigir la restitución de la cosa y reintegrarla a su poder. De esto se puede desprender que el propietario podrá hacer una reclamación para la entrega del inmueble que se encuentra en posesión de otra persona que carece de título de propiedad sobre el mismo. Aunque parecen bastante claros los puntos que deben considerarse para poder ejercer la acción, las autoridades judiciales no han dudado en tasarlos una y otra vez para una mayor seguridad jurídica.

Podemos entender que cabe acción reivindicatoria cuando se cumpla lo siguiente:

- Es necesario ser el titular de un título de dominio²⁰ sobre la propiedad por parte de la persona que ejerza la acción con el fin de obtener una justificación fehaciente del dominio sobre el objeto de la controversia.
- En segundo lugar, debe ser posible la identificación²¹ de la cosa. En este sentido me he anticipado anteriormente mencionando el ejercicio de la acción de deslinde el cual indica que la identidad de fincas es menester comprobarla prestando especial atención al nombre con el que se las designa, a sus cabidas y linderos y demás medios que faciliten su identificación al órgano competente²². La identificación hace referencia a la concordancia de lo reivindicado con la identificación estipulada en la demanda en virtud de los títulos aportados.
- El tercer y último requisito es la necesidad e que el inmueble este en posesión por otro. Esto indica que es necesario demostrar que dicho inmueble reclamado se encuentra, en el momento del ejercicio de la acción, en posesión por parte de otra u otras personas a pesar de que la acción pudiese afectar a anteriores poseedores.

El principal efecto del ejercicio de la acción reivindicatoria, siempre que sea estimada por el órgano competente, es la condena al demandado a la restitución de la cosa con todos sus frutos y accesorios.

5. Consecuencias para D. Alejandro

5.1 Responsabilidad del aportante

Tal y como ocurría en la pregunta número uno, los hechos ante los que trato de buscar solución se suscitan con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de capital por lo que una vez más es de aplicación la tan mencionada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Además de esto, nos encontramos en un supuesto parecido al anterior puesto que otra vez debemos valorar las posibles consecuencias derivadas en este caso para D. Alejandro, esto es, la responsabilidad que el aportante podría tener para el caso de haber realizado una aportación dinerarias, en este caso, viciada.

Acudiendo al artículo 20 de la citada Ley, nos envía de nuevo al artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas. Si atendemos a su punto primero -en lugar de al segundo como sucedía en el caso anterior- nos encontramos con que *“Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en punto a la transmisión de riesgos.”*

²⁰ La SAP de Alicante de 22 de noviembre de 2010 considera que este concepto señalado por la doctrina jurisprudencial no debe entenderse como documento preconstituido ya que lo que se exige es una “pertinente y suficiente justificación del dominio” puesto esto constituye lo básico para el ejercicio de la acción reivindicatoria.

²¹ En la STS de 20 de octubre de 2014 se aclara que dicha identificación así como la identidad son imprescindibles en atención de lo reivindicado puesto deben quedar exactamente determinada para sobreponerse a cualquier tipo de duda con el objetivo de su efectivo reconocimiento.

²² STS de 23 de mayo de 2002.

Dado que estamos ante la aportación de una finca a la constitución de la Sociedad y, siendo la finca un bien inmueble, parece claro que podrían subsumirse los hechos del caso a lo establecido en este precepto.

5.2 Saneamiento por evicción

De todos modos, de no adquirir la mencionada finca debido a la estimación mediante sentencia firme de la hipotética acción reivindicatoria por el órgano competente en el caso de que los hechos se hubieran desarrollado como he ido explicando, Alejandro respondería por evicción²³.

Por evicción se puede entender la privación al comprador²⁴, o en este caso a la Sociedad que adquiere la construcción, que se encuentra invadiendo 75 metros de terreno colindante, mediante una aportación no dineraria, de todo o parte de la cosa comprada. Para que el aportante se vea obligado a responder en concepto de saneamiento por evicción, deberá mediar una sentencia firme que prive de todo o parte de la cosa adquirida a la Sociedad en virtud de un derecho anterior a la compra - a la aportación -.

En estos términos se mueve el artículo 1475 del Código Civil que a mayores contempla la posibilidad de que el aportante/comprador responda por evicción a pesar de no expresarse nada en el contrato.

Por lo tanto, si la acción reivindicatoria fuese estimada al propietario del territorio de la finca que ha sido invadida, la Sociedad debería actuar ejerciendo una acción de evicción que obligatoriamente debería ser comunicada a D. Alejandro para que surja la obligación de saneamiento tal y como establece a *sensu contrario* el artículo 1481 del Código Civil: “(...) *faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento.*”

A tenor de los hechos, todo parece indicar que si bien estamos ante un caso de evicción, esta será parcial ya que tal y como dispone el artículo 1479 del mismo Código, “*Si el comprador perdiere, por efecto de la evicción, una parte de la cosa vendida de tal importancia con relación al todo que sin dicha parte no la hubiera comprado, podrá exigir la rescisión del contrato; pero con la obligación de devolver la cosa sin más gravámenes que los que tuviese al adquirirla.*”

²³ “(...) Dispone el artículo 1.474 del Código Civil que, en virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1.461 , el vendedor responderá al comprador de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida, lo que viene a integrar el llamado saneamiento por evicción (vencimiento) en cuya virtud el vendedor resulta obligado a responder de sus consecuencias frente al comprador que se ve privado, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada (artículo 1.475 del Código Civil) con los efectos que el propio código señala (artículos 1.478 y 1.479). De ello resulta que cualquier privación que sufra el comprador, sea total o parcial, de la cosa adquirida por compraventa dará lugar a la obligación de sanear por parte del vendedor, salvo que ello ocurra en virtud de un derecho que sea posterior a la celebración de la compraventa (...)” STS de 17 de julio de 2007.

²⁴ Ref. Art. 39 Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. “*Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa.*”

Efectivamente, en el caso de que la acción reivindicatoria fuese estimada, la Sociedad se vería privada de los 75 metros de la nave que sirve como almacén correspondientes a la finca colindante que ha sido invadida. Estos 75 metros son de tal importancia con relación al todo que de no haberse construido sobre ellos probablemente la nave no tendría un valor de 10.000 Euros como se establece en el momento de la aportación por lo que no habría sido objeto de realización del negocio jurídico realizado.

Por lo tanto, para terminar de contemplar las posibles consecuencias que se derivarán para Alejandro, en virtud de la evicción este podrá ser requerido para llevar a cabo el saneamiento en este concepto, recayendo sobre el todos los gastos pertinentes, o bien, se podría ver rescindida su aportación con las consecuencias a nivel social que eso tendría que no serían otras que dejar sin efecto el negocio jurídico llevado a cabo entre el aportante y la Sociedad por lo que D. Alejandro dejaría ostentar el porcentaje de capital social que le ha correspondido gracias a su aportación.

CUESTIÓN TERCERA

DE LAS CONTROVERSIAS ENTRE DÑA. TERESA Y DÑA. SOLEDAD

En relación coas controversias suscitadas entre D.^a Teresa e D.^a Soledad, razoe xuridicamente a solución que se lles debería dar a estas.

1. Introducción y marco legislativo

Tal y como se desarrolla en el texto aportado en el supuesto de hecho, los temas a contemplar son los referentes a la asunción de deudas, el pago de las correspondientes indemnizaciones a los trabajadores así como la posibilidad de prohibición de compraventa o no. Para ello debo comenzar dando unas notas básicas sobre lo conocido como compraventa de empresa.

Las controversias suscitadas tienen sede en la denominada compraventa de empresa por la cual se conoce aquella transmisión de empresas propiedad de empresarios individuales pues, como ya sabemos, la compraventa de empresa relativa a sociedades se realiza a través de la compraventa de acciones o participaciones de las mismas.

Esta modalidad de transmisión de un negocio carece de tipicidad conocida en el Ordenamiento Jurídico nacional²⁵ lo que ha conducido a que lo que bien debería ser objeto de estudio por el legislativo debido a su gran especialidad, se vea condenado a una disgregación de su regulación de tal forma que haya que acudir a la de sus diferentes

²⁵ Como afirma DIEZ-PICAZO, L., "El concepto de tipicidad resulta de la realidad legislativa de cada momento". En DIEZ-PICAZO, L.(2012), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tº I (Introducción y Teoría del Contrato), Madrid, Civitas, p. 56.

elementos²⁶ cuando parece trascendental que se entienda dicha transmisión como un todo único. Esta atención a la manera de transmisión de cada una de las partes hace que en muchas ocasiones se produzcan confrontaciones difíciles de colmar.

En este sentido, es necesario acudir a diferentes cuerpos normativos -Código Civil, Estatuto de los Trabajadores etc- para tratar temas capitales como, por ejemplo, la transmisión de derechos y obligaciones. Este hecho, si bien en cierta medida ayuda a solventar los posibles problemas derivados de una carencia de regulación, no tiene en cuenta importantes nociones de intereses económicos o empresariales limitándose simple y llanamente a dar respuesta a un tema individualmente y no en el seno de un ente superior.

Actualmente, el Anteproyecto del Código Mercantil - de ahora en adelante APM - contempla una regulación *ex novo* de la compraventa de empresa en su Título Tercero del Libro Primero, lo que, de ser aprobado, vendría a rellenar una carencia importante en nuestro ordenamiento.

A su vez, si bien introduce una normativa completa al respecto, cuenta con una norma de importancia mayúscula en su artículo 132-8.3 por la cual las normas de ese mismo Código relacionadas con la compraventa de empresa tendrán carácter dispositivo, otorgando una capacidad importante a las partes en especial en aquellos casos de cierta entidad económica en los que normalmente la normativa se ve desplazada en virtud de las amplias cláusulas *inter partes* recogidas.

2. Sobre la asunción de deudas

Yendo al grano, el primer tema a analizar es el referente a la factura derivada de unas obras anteriores a la adquisición del negocio que la adquirente Dña. Teresa se niega a pagar.

Desde el punto de vista de la situación actual que vive el tema, como era de esperar, han surgido diferentes opiniones doctrinales sobre la normativa a utilizar en el caso que nos ocupa, es decir, en lo referente a la asunción de deudas. Por un lado, un sector defiende la aplicación analógica del régimen de cesión de derechos y obligaciones vigente para el caso de modificaciones estructurales de sociedades dado que consideran que en estos casos se produce una venta indirecta de las mismas²⁷ pero esta interpretación ha sido descartada

²⁶ En esta línea, GIRON TENA, J., “Sobre las características generales desde los puntos de vista jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa”. En EDERSA (1981) *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, EDERSA, pp. 281 y ss.

²⁷ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1979), *La vida jurídica de la empresa individual*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, pág. 145 y ss; PÉREZ DE LA CRUZ (1974) “Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes”, *RDM*, nº 134, pág. 528 y ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, (1981) “La venta de la empresa: principales problemas que plantea”, *AAMN*, pág. 322 y ss. También HERNANDO CEBRIÁ, L. defiende, siguiendo la línea apuntada por estos autores, que “a falta de acuerdo expreso de las partes, su voluntad en la relación interna para la cesión de los créditos y la delegación de las deudas determina la de asunción por el comprador de todas las relaciones jurídicas y de hecho del anterior titular. La presunción favorable a la transmisión resulta, por tanto, de la continuación de la actividad bajo el mismo nombre comercia”. También en otros términos manifiesta el autor que “cuando de la interpretación sistemática del contrato y en atención a los criterios anteriormente apuntados resulte la voluntad común de transmitir todo el conjunto, se ha concluir que el silencio de las partes sobre el destino de créditos y deudas no determina la nulidad del contrato, sino una presunción favorable a su inclusión”. HERNANDO CEBRIÁ, L. (2005), *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 388 y 389.

debido a la falta de similitud para realizar la analogía y a su difícil aplicación práctica en términos relativos a la aplicación de los regímenes de responsabilidad solidaria.

Por ello, es conveniente mantenerse en la aplicación de las normas del Código Civil las cuales se ajustan de una forma más ventajosa a los intereses tanto de las partes como los de los posibles acreedores del vendedor.

La asunción de deudas en el marco de una compraventa de empresa por parte del comprador configuran lo denominado como novación modificativa de la relación obligatoria existente entre el antiguo deudor y el acreedor ya que tanto el objeto central de la deuda como sus accesorios se mantienen variando simplemente la persona del deudor.

Este cambio en la persona del deudor cuenta con varios puntos relevantes. Bajo el amparo del Código Civil -artículo 1205- se requerirá acuerdo expreso entre ambas partes para que se produzca la novación así como el consentimiento del deudor. Primeramente, es lógico pensar que el acuerdo con el nuevo adquirente de la empresa es necesario puesto que no es posible imponer al nuevo empresario una carga o gravamen si su consentimiento

aunque este sea de forma tácita. Lo más recomendable en este sentido para evitar las posibles controversias surgidas por un consentimiento dudoso del adquirente es aportar un inventario de los bienes de la empresa en el que se contemplen todas las deudas que se van a asumir para cuando la transmisión se eleve a escritura pública. De esta manera quedará constancia indudable de dicho consentimiento ya que, de no contemplarse esas deudas, no se puede admitir la presunción de que a pesar de no contenerse, también se han querido transmitir las deudas debido a la concepción de la empresa como un todo que se quiere transmitir. Esto, por su parte, concuerda con lo indicado más arriba de la complejidad y rechazo de valorar la transmisión de los elementos de la empresa como un todo puesto no hay normativa existente a día de hoy que así lo contemple. Como ya dije, deberán tratarse los diferentes elementos que se transmitan separadamente para una más correcta asunción de los mismos en nuestra normativa y para el caso de traspaso de deudas es necesario un acuerdo expreso entre ambas partes.

El acreedor por su parte deberá consentir la subrogación del comprador en la posición del deudor originario en lo relativo a su deuda. Este consentimiento, al contrario que para el caso del deudor el cual debe ser expreso, si llegó a considerarse válido aunque fuese tácito, siempre y cuando el acreedor realizase actos concluyentes contra el nuevo deudor tal y como afirmó Díez-Picazo, L. a partir de lo estipulado en la STS de 22 de febrero de 1946²⁸. Esta corriente se estableció con el objetivo de, con el paso del tiempo, poder contemplar el consentimiento tácito del acreedor para liberar al antiguo deudor de su obligación originaria. Pero esto no llegó a producirse, sino que se ha decantado muy recientemente el Tribunal Supremo por desconsiderar esa teoría debido a que precisamente lo que permite esa falta de consentimiento expreso es que el acreedor se aproveche de la

²⁸ La sentencia de 22 de febrero 1946 en la que el T.S. declaró que el comportamiento de los demandados (los dueños del terreno en el que un contratista había levantado un edificio y a los que dicho contratista reclamaba unas determinadas sumas considerándoles parte del contrato de obra) era inequívoco y concluyente en el sentido de que habían aceptado el contrato de obra y la obligación de pago dimanante de él respecto de la edificación en un terreno en el que eran también propietarios. Aunque era claro que no se trataba de una auténtica asunción de deuda con liberación del antiguo deudor, sí era una asunción acumulativa de deuda.

incorporación de un nuevo deudor lo que redundaría en una mayor facilidad de cobro de su crédito debido a la responsabilidad solidaria existente en ese caso por lo que el hecho de liberar al deudor originario sin haber consentido expresamente la asunción de deuda por un tercero deviene en un contrasentido que, desde el punto de vista del Tribunal, en este caso compartido por mí, no es objeto de contemplación²⁹.

Por lo tanto, para que la deuda pueda ser asumida por el comprador de la empresa, además de su consentimiento expreso que ya señalé, es imprescindible el consentimiento también expreso del acreedor si pretendemos que se libere al deudor originario. Así se produciría una asunción liberatoria de la deuda que no permitirá al acreedor dirigirse contra el antiguo deudor de ahí en adelante, ya que “La insolvencia del nuevo empresario no autorizará al acreedor a dirigirse contra el antiguo empresario deudor para reclamarle el pago de la deuda, más que en los dos supuestos excepcionales que señala el art. 1206 C.Civ.: que la insolvencia fuese anterior y pública, o conocida del deudor al “delegar su deuda”. En estos dos supuestos, la acción del tercero acreedor contra el antiguo empresario deudor “revive” –conforme a los propios términos del art. 1206 C.Civ.–, lo que podría interpretarse en el sentido de que si la insolvencia del nuevo empresario es anterior y pública o es conocida por el primitivo empresario, es ineficaz la liberación del primitivo empresario, quedando vinculado junto con el nuevo empresario deudor. Se establece de esta manera, una especie de responsabilidad solidaria entre ambos empresarios.”³⁰. De no ser así se produciría una asunción cumulativa de la misma con el efecto de la solidaridad a la hora del pago³¹

En este caso concreto, aplicando la teoría y la normativa actualmente vigente, concluyo lo siguiente: como nada se contempla sobre la realización de un inventario con los bienes y deudas del negocio al momento de su transmisión y elevación a escritura pública, entiendo que Dña. Teresa podrá oponerse al pago de la deuda debido a que no ha consentido el subrogarse en la posición de la vendedora en lo relativo a esa deuda, o, al menos, no consta. En el caso de que si se hubiese aportado dicho inventario y Dña. Teresa hubiese consentido expresamente, tendría que proceder al pago de la deuda de forma individual, o

²⁹ La STS 590/2015 de 5 de noviembre señala que no cabe confundir el conocimiento del acreedor con el consentimiento en la asunción de deuda por un tercero que tenga efectos liberatorios para el deudor originario. Incluso en el caso de que el acreedor, una vez conocida la celebración del negocio que genera la asunción de la deuda, actúe contra el deudor sustituto, tal actuación no significa que se haya producido un consentimiento tácito que corrobore el acuerdo de cesión y libere al deudor originario, puesto que precisamente uno de los efectos de la asunción cumulativa de deuda es la acumulación de garantías que permite al acreedor dirigirse contra el deudor originario, contra el sustituto o contra ambos. Sería un contrasentido considerar que el aprovechamiento por el acreedor de la incorporación de un deudor cumulativo que refuerza su posición crediticia, por no haber consentido la asunción de la deuda por un tercero con liberación del deudor originario, traiga como consecuencia justamente la liberación de ese deudor originario por considerar que la actuación del acreedor contra el nuevo deudor constituye un consentimiento tácito de la novación que libere de su deuda al deudor originario.”

³⁰ TAPIA SÁNCHEZ, M^a. R. (2011), “Transmisión de créditos y deudas en la compraventa de empresa en el marco de la crisis”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*.

³¹ “Para que la asunción de deuda por un tercero tenga efectos novatorios y libere al deudor originario, es preciso que así lo consienta el acreedor, conforme prevé el art. 1205 del Código Civil (LEG 1889, 27) . La asunción de deuda por un sujeto ajeno a la relación obligatoria originaria, cuando no es consentida por el acreedor, constituye una asunción cumulativa de deuda, que no libera al deudor originario sino que supone la incorporación de un nuevo obligado que refuerza la garantía de pago, y constituye, frente al acreedor, un vínculo de solidaridad entre los deudores, el originario y el sustituto. De ahí que se le haya denominado asunción cumulativa, acumulativa o de refuerzo” STS 590/2015 de 5 de noviembre.

bien de forma solidaria con el deudor originario, en función de la existencia o no de consentimiento expreso por parte del acreedor.

En atención de lo estipulado en el Anteproyecto de Código Mercantil que no ha entrado en vigor todavía, esta situación tendría una más sencilla solución debido a la consideración del legislador a la hora de elaborar un capítulo dedicado a la compraventa de empresa.

En el momento de redacción de los preceptos se han tenido muy en cuenta los criterios jurisprudenciales y doctrinales. Se parte de una regla general que dispone literalmente en el capítulo dedicado a los efectos respecto de las deudas, 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”. Atendiendo al criterio del TS, el artículo 132-6.1 y 2 del Anteproyecto alude a que el deudor solamente tendrá que hacer frente a aquellas deudas insertas en la declaración económico-contable de la empresa y de cuya existencia se le haya informado. Solamente estas y las pactadas expresamente será entonces asumidas.

3. Conclusiones sobre el pago de las indemnizaciones a los trabajadores

Por otro lado, pero en estrecha relación, está el tema del pago de las indemnizaciones por despido de dos trabajadores en el mismo mes - agosto de 2004 - que Dña. Teresa adquirió el negocio. En el supuesto de hecho no se especifica quien ostenta la propiedad del negocio en el momento en que se producen los despidos siendo esto una circunstancia fundamental a la hora de determinar quien hará frente del pago de dichas indemnizaciones.

Considero esto de vital importancia ya que en mi opinión la cláusula contractual donde se prevé que responderá el transmitente por dichas indemnizaciones habrá de tenerse por no puesta por lo que explicaré a continuación. Dado que se tendrá por no puesta, en el caso de que dichas indemnizaciones surgiesen tras la adquisición del negocio por Dña. Teresa, no habría duda alguna de que sería ella quien debería hacer frente a las cantidades mencionadas en el caso para estas indemnizaciones.

Con motivo de estar ante un caso en el que nos encontramos deudas frente a trabajadores en el año 2004 es de aplicación 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 y, más concretamente, el artículo 44.3 del mismo en el que especifica que:

“3. 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.

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

De no existir la tan mencionada cláusula contractual por la que se hace responder a la transmitente del negocio por las indemnizaciones derivadas de los despidos de los trabajadores y de sus salarios de tramitación, no habría duda alguna de que, siempre que dichas indemnizaciones surjan con anterioridad a la transmisión del negocio, sería de aplicación el artículo 44.3.

La inclusión de dicha cláusula puede suponer un problema ya que es contraria a una norma imperativa como la recientemente mencionada, lo que podría suponer la nulidad del contrato si entendiésemos una aplicación estricta del artículo 6.3 del Código Civil donde se menciona que “3. *Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*”.

De forma contraria a declarar la nulidad total del contrato nos encontramos con el *principio de conservación de los contratos* y dentro de esto, su conservación para el caso en que se de una nulidad parcial³² donde regirá el aforismo “*utile per inutile non vitiatur*” - un acto válido no es viciado por una cláusula inválida -

Para DELGADO ECHEVERRÍA Y PARRA LUCÁN “A poco complejo que sea el contenido de un contrato, puede ocurrir que sólo una parte del mismo, o una de sus cláusulas, sea contraria a norma imperativa o exceda los límites de la autonomía privada o recaiga exclusivamente sobre ella el vicio del consentimiento, etc. Ciertamente, el contrato constituye una unidad, a pesar de lo cual la ineficacia puede afectar sólo a una parte o cláusula del mismo, manteniéndose el resto en vigor en aplicación del principio de conservación de la voluntad negocial”³³. De esto podemos extraer que si bien existe una cláusula contractual nula no ha de devenir nulo todo el contrato sino que dicha cláusula ha de tenerse por no puesta con la consiguiente aplicación del precepto legal correspondiente. Por lo tanto, responderán solidariamente por las indemnizaciones relativas al despido y salarios de tramitación de los dos trabajadores en cuestión tanto Dña. Soledad como Dña. Teresa por un periodo de tiempo de tres años. Esto permitirá que los trabajadores puedan dirigirse contra cualquiera de ellas o contra ambas para reclamar lo adeudado.

A mayores, esta posición de ineficacia o nulidad parcial ha sido defendida por el Tribunal Supremo en un gran número de ocasiones³⁴ destacando ya el Alto Tribunal en los años ochenta que “está admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, la posibilidad y

³² “Por nulidad parcial debemos entender aquella nulidad que opera no sobre la totalidad del contrato, sino sobre una cláusula o elemento del mismo que no sea principal” SERRANO ACITORES A. (2010), “El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad”, *Noticias jurídicas*.

³³ Así lo señalan DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN en SERRANO ACITORES A. (2010), “El principio de conservación de los contratos frente a la figura de la nulidad y la anulabilidad”, *Noticias Jurídicas*.

³⁴ V. STS de 30 de abril de 1986, STS de 17 de octubre de 1987, STS de 12 de noviembre de 1987, STS de 20 de abril de 1988, STS de 22 de julio de 1993 y STS de 25 de octubre de 1994.

compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio”³⁵.

4. Comentario a la prohibición de competencia

En tercer y último lugar está la posible controversia surgida que abarca aquello referente a la competencia ejercida por Dña. Soledad. Este tema ha de tratarse como controversia ya que no se da constancia de la existencia en el contrato de alguna cláusula o algún pacto de no competencia.

En opinión de un servidor, pese a no existir ningún pacto expreso relativo a la competencia, debería reservarse, la vendedora, de ejercer o emprender un negocio similar al transferido previamente durante el tiempo y en la zona geográfica necesarios para que no se produzca un desvío de la clientela.

Defiendo mi postura, pese a la inexistencia de una opinión uniforme ni doctrinal ni jurisprudencialmente, en base a la atención a la buena fe contractual. En este sentido entiendo que al transmitirse un negocio, una empresa, como en este caso, se transfieren tanto bienes materiales como inmateriales así como también la clientela y las expectativas de ganancia. En virtud de esto, tanto en la doctrina, la jurisprudencia o en ciertos ordenamientos jurídicos se contemplan dos obligaciones que vienen a favorecer el mantenimiento de esta clientela y de estas expectativas de ganancias: una positiva, la transmisión del denominado *know how* -conocido como el “saber hacer”, hace referencia a aquellos conocimientos técnicos y del negocio que generalmente mantiene secretos el empresario pues en ello reside el éxito de sus ganancias- y otra negativa, la prohibición de competencia. GÓMEZ SEGADE llega a la conclusión que no se debe intentar una definición de *know how* universalmente válida, debido a que podría perjudicar a los países principalmente receptores de *know how* (dado que suelen ser subdesarrollados) en beneficio de los más ricos, que normalmente se encargan de exportar *know how*. Para este, como se ve, dicha definición no habrá de ser fundamentalmente doctrinal, sino esencialmente política y tendrá en cuenta las realidades de la economía mundial³⁶.

En este caso me interesa la segunda de las obligaciones. Como ya dije, la finalidad es permitir al adquirente una correcta explotación de la empresa adquirida en condiciones óptimas, lo que no sería posible de iniciar el transmitente un nuevo y similar negocio en la misma zona y sin haber pasado el período de tiempo necesario ya que detraería clientela a su favor. Hasta este punto no encuentro problema alguno, la controversia se suscita cuando

³⁵ STS de 24 de noviembre de 1983.

³⁶ GÓMEZ SEGADE, J. A. (1974), *El secreto industrial. Concepto y protección*, Nº 30, Madrid, Tecnos.

no existe esta prohibición de competencia expresada en ningún contrato a través de pactos o cláusulas³⁷.

Como bien dije, si atendemos a los artículos 1258 del Código Civil y al artículo 57 del Código de Comercio podemos contemplar un deber de buena fe en los contratos (inexistente en este caso) el cual implica que no solamente es necesario cumplir con todo lo pactado en un contrato sino que también habrá que realizar o no realizar todas aquellas acciones que sea puedan considerar correctas desde el punto de vista de la buena fe.

Por otro lado también es de considerar también la buena fe extracontractual -artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal -que, en este caso, considero ausente ya que el hecho de que el vendedor haga competencia a su recién comprador ha de considerarse contrario a las exigencias de la buena fe.

Por todo esto, pese a no contemplarse nada en el contrato de compraventa entre ambas partes, estimo necesaria la prohibición de competencia hacia Dña. Soledad con el fin de evitar que la clientela se transfiera a su nuevo negocio en lugar de colmar las expectativas de la compradora, Dña. Teresa.

Dado que Dña. Soledad no cumple con su obligación de no hacer, Dña. Teresa dispondrá de una serie de acciones a su favor. Por un lado, al considerar que el ilícito va en contra de la buena fe contractual, podrán plantearse una acción de resolución por incumplimiento contractual³⁸ o bien una indemnización por los daños y perjuicios causados. Pero esto no es todo, como bien dije, la vendedora también incurre en un ilícito de competencia desleal en virtud del artículo 4 mencionado, por lo que Dña. Teresa gozará del amparo de una serie de acciones procesales a su favor entre las que cabe destacar la de cesación y la indemnizatoria.

Mi posicionamiento favorable a la viabilidad de la prohibición de competencia durante un tiempo necesario -por supuesto superior a los 3 meses que ha tardado Dña. Soledad en abrir un nuevo negocio en el mismo lugar que el que anteriormente vendió- además de ser sustentada por el Tribunal Supremo ha sido tenida en cuenta por el legislador ya que en la elaboración del Anteproyecto de Código Mercantil se encuentran redactadas en el artículo 132 aquellas consideraciones que atienden a este tema. Así, por primera vez se habla de

³⁷ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 se considera, en virtud de la buena fe, que las cláusulas de no competencia no tienen porque estar expresadas sino que se considerarán exigibles igualmente. Dice pues, el Alto Tribunal que estas restricciones de competencia podrán exigirse en cláusulas que se consideren "restricciones accesorias del comercio más o menos necesarias o simplemente útiles o convenientes". Esto puede producirse en aquellos contratos en los cuales se "regulan relaciones que comportan la transmisión de una empresa, clientela, Know how, en los que la imposibilidad de entrega material impone al transmitente desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso y en el espacio o territorio en el que el transmitente desarrolla su actividad, incluso si ello comporta una imposibilidad de competir en determinados nichos del mercado". Así mismo, establece que aunque no estén pactadas estas cláusulas "pueden llegar a entenderse exigibles al amparo de lo que disponen los arts. 1258 Código Civil y 57 Código de Comercio".

³⁸ La Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 18 de noviembre de 2013 establece los requisitos por los cuales un incumplimiento contractual ha de considerarse esencial considerando literalmente que "el incumplimiento esencial también se proyecta como una valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado".

una obligación potestativa de las partes a la hora de establecer esa obligación de no competencia expresamente. La oportunidad de indicar aquí una solución a aquellos casos en los cuales no se contempla esta obligación expresamente no ha sido aprovechada por el legislador dejando esta cuestión igual de abierta que actualmente³⁹.

Lo que si ha sido colmado ha sido el vacío del tiempo mínimo (puesto que es ampliable por acuerdo entre las partes) de no competencia que debería mediar siendo este de dos años tal y como apunta el artículo 132-11.2.

CUESTIÓN CUARTA **DE LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS**

Sinale as possibilitades que poderían existir para que os acordos sociais fossen declarados nulos, así como os medios de que disporían os socios desconformes para actuar contra os administradores.

1. Introducción y marco legislativo

Como explicaré a continuación, pese a que tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital a la que *a posteriori* haré referencia solamente existen acuerdos impugnables, en el desarrollo de la solución a la pregunta hago referencia primero a la posible existencia de lo que antiguamente sería considerado como acuerdo nulo, y, en segundo lugar a lo que sería considerado como acuerdo anulable en concepto de lesivo al interés social. Una vez dejado esto claro trataré las posibles acciones - acción social de responsabilidad y acción individual de responsabilidad - que se podrían ejercitar contra los administradores en el caso de que se den las condiciones necesarias para finalmente hacer una breve reseña de los requisitos que deberían mediar para la existencia de una exoneración de los mismos.

Pues bien, esta cuestión debe ser aclarada al amparo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital - LSC - ya que estamos hablando de unos hechos que discurren en junio del año 2015 y que han de ser evaluados en este momento, mayo de 2016.

Cuando hablamos de impugnación de acuerdos sociales hacemos referencia a la vía judicial que puede ser tomada por el legitimado con el fin de cuestionar la procedencia o no, desde el punto de vista jurídico, de aquello que se adopta en, este caso, en el seno de la Junta General de la Sociedad.

La impugnación de acuerdos sociales ha sufrido importantes variaciones en lo referente a su normativa en los últimos tiempos, contando, desde la entrada en vigor de la reforma mencionada al inicio del desarrollo de esta cuestión, con una unificación de las diferentes modalidades y plazos dentro de los denominados como acuerdos impugnables.

³⁹ A favor de que, en ausencia de pactos, las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos (en especial, el art. 1258 CC), establecen la obligación de no competencia, también se señalan las indudables dificultades prácticas que presenta la concreción de los efectos de la obligación en tal caso. VICENT CHULIÁ, F. (2012), *Introducción al Derecho Mercantil*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 413.

Así, lo que anteriormente se conocía como acuerdos nulos y anulables, pasa a ser reconocido como acuerdos impugnables, comprendiéndose dentro de estos - tal y como especifica el artículo 204 de la LSC - "los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de tercero".

Atendiendo a antiguas concepciones se podría distinguir dentro de esos acuerdos impugnables entre nulos y anulables, siendo los primeros aquellos contrarios a la Ley. Con la expresión "contrarios a la Ley" tanto doctrina como jurisprudencia han incidido en que dicha contrariedad debe verse ejercida sobre una norma "Ius Cogens" o norma imperativa, sin embargo, es importante hacer mención a la distinción que realizada por Garrigues y Uria Menéndez que, además de considerar como nulos esos acuerdos contrarios a normas imperativas, añadían dos modalidades más como son la existencia de una contravención de los requisitos formales que exige la Ley para regular la constitución de la Junta o la incapacidad de formación de la voluntad colectiva.

Eran considerados acuerdos anulables por su parte aquellos que se oponían a los estatutos, al reglamento de la Junta de la Sociedad o los contrarios al interés social.

2. Acuerdo nulo: Relativo a la vulneración del derecho a la información

Remitiéndome a los hechos considero que el primer tema a analizar es la posible vulneración del derecho de información de los socios y la vinculación de este con la impugnación de los acuerdos adoptados.

Echando la vista atrás, el derecho de información era considerado totalmente instrumental del derecho de voto y ni siquiera se incluía la posibilidad de entrega de documentación salvo en una serie de casos tasados, sino que solamente contemplaba el derecho de pregunta. Esta concepción ha sido modificada gracias a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia. De este modo en la STS de 12 de noviembre de 2014 se esclarece que si bien puede cumplir una función instrumental del derecho de voto, es preferible partir de una concepción autónoma de este derecho de información. En virtud de esto, se entiende que no se limitará simplemente al derecho de preguntar sino que también se tendrá acceso a documentación relevante siempre que esta estuviese en conexión con los puntos a tratar en el orden del día si bien "no es precisa una relación 'directa y estrecha' entre la documentación solicitada y los asuntos del orden del día, debiendo estarse al juicio de pertinencia en el caso concreto"⁴⁰.

A pesar de estas importantes alteraciones en la naturaleza de este derecho, la consecuencia fundamental de su vulneración no ha sido alterada; la declaración de nulidad de los acuerdos relacionados con la información denegada.

Pero no en todos los casos la vulneración del derecho de información es motivo de impugnación de los acuerdos sociales.

⁴⁰ STS de 19 de septiembre de 2013.

De la redacción del artículo 204.3 de la LSC se desprende que sólo será posible la impugnación de acuerdos sociales siempre que el ejercicio del derecho a la información se ejercite antes de la junta y la información no facilitada o insuficiente sea de carácter esencial a la hora de emitir el socio medio su voluntad. En caso contrario - cuando el derecho ejercitado anteriormente a la junta no verse sobre información esencial o cuando dicho derecho se materialice en la junta misma - la insuficiencia o carencia de dicha información no es motivo de impugnación de los acuerdos sociales sino que, en virtud de una analogía con el artículo 197.5 de la LSC referente a las Sociedades Anónimas, lo que sucederá es que se podrá exigir el suministro de dicha información y una indemnización por daños y perjuicios causados por la carencia o insuficiencia de la misma⁴¹.

Lo relevante entonces es discernir cuando estamos ante información esencial y cuando no, dado que en el presente caso está claro que el ejercicio del derecho a la información se realiza con anterioridad a la celebración de la Junta.

Para GARCÍA-VILLARRUBIA, M. el carácter esencial de esa información se encuentra estrictamente vinculado con la instrumentalización del derecho a la información con el derecho de voto y demás derechos de participación del socio. De este modo, pese a que es posible entender que continua vigente la doctrina jurisprudencial que concibe el derecho a la información como autónomo, en términos de impugnación de acuerdos sociales es preciso que la vulneración de ese derecho a la información afecte también a la emisión de la voluntad del socio. El porqué reside en que de esta manera parece considerarse probado que estamos hablando de información no sólo esencial sino también decisiva puesto que una insuficiencia o carencia de la misma afectaría de forma sustancial a la valoración por parte del socio medio a la hora de pronunciarse ya que, de haberse suministrado, el pronunciamiento del socio podría haber sido contrario⁴².

Cuando se alude al término "socio medio" parece indicarse que dicha información tiene que ser relevante a la hora de ejercicio del derecho de voto no para el socio que está impugnando el acuerdo sino para cualquier otro socio que estando en la misma situación, hubiese podido cambiar de opinión en cuanto a la emisión de su voluntad si la información hubiese sido proporcionada. Así, si la puesta a disposición de dicho socio de la información solicitada hubiese hecho cambiar de postura a este, es entendible que estamos ante información esencial desde un punto de vista objetivo.

Por otro lado, a mayores también se exige que la información solicitada se encuentre en conexión con alguno de los acuerdos que se pretendan adoptar en la junta y que, por lo

⁴¹ GARCÍA - VILLARRUBIA. M. (2015), "El derecho de información del socio como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales. Cuestiones sustantivas y procesales", *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 29.

⁴² Antes incluso de la Ley y a propósito del Proyecto de Ley, Alfaro Águila-Real, J., señalaba ya que "que la información deba ser 'esencial' nos parece excesivo. Tal vez hubiera sido mejor decir 'relevante'. En efecto, de acuerdo con la ratio de la regla de la relevancia, no es necesario que la información sea esencial para el ejercicio del derecho de voto, basta con que la información hubiera podido afectar al sentido del voto de un socio hipotético, en la formulación que le da la jurisprudencia alemana a dicha regla" ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (junio de 2014), "La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (X)". En *El blog de Jesús Alfaro*.

tanto, estén incluidos en el orden del día. La inclusión - como se da en este caso - en el orden del día de asuntos como pueden ser la aprobación de cuentas anuales, la gestión social o la propuesta de resultados, puede concebirse como un amparo de la solicitud de información del socio por el cual aquella información solicitada y concerniente a uno de estos puntos no podrá ser denegada⁴³ siempre que se haga de una manera que no adquiera el carácter de petición indiscriminada⁴⁴.

Concretamente, el artículo 272 de la LSC considera que a pesar de que dicho derecho se concede a todo socio, contará con una serie de limitaciones⁴⁵ como por ejemplo la pertinencia de que se trate de documentos que han de ser aprobados en junta general, el informe de gestión y el de los auditores, teniendo estos dos últimos una relevancia trascendental en referencia a la aprobación de las cuentas y la propuesta de resultado pues a través de ellos se puede, entre otras cosas contrastar la correcta información contable. A su vez, la tipología de documentos podría verse ampliada estatutariamente y, cuando fuere procedente, se extenderá también a las cuentas consolidadas, al informe de gestión del grupo y al informe de los auditores -de acuerdo, esto último con el artículo 42.5 del Código de Comercio-.

Como no puede ser de otra manera, dentro de aquellos documentos objeto de aprobación de la Junta General se encuentran las cuentas anuales. Con cuentas anuales, y atendiendo al artículo 254 de la LSC se atiende a los siguientes documentos: balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo y memoria. Teniendo en consideración este precepto todo parece indicar que el documento de propuesta aplicación de resultado no está incluido entre aquellos de obligada entrega pero atendiendo a su tan estrecha vinculación con las cuentas anuales, la cual es puesta de manifiesto por el artículo 279 del mismo cuerpo legal y por el artículo 50 de la Directiva 78/660/CEE, podría considerarse, desde el punto de vista interpretativo, su inclusión. De todos modos, la negativa a la entrega de este documento no supondría la nulidad de la aprobación de las cuentas anuales ya que su importancia es relativa y no esencial puesto que en la memoria también se contiene una referencia a la aplicación de resultado donde se concreta el posible destino del mismo.

El ejercicio del derecho a toda esta documentación contable a través del derecho de información del socio⁴⁶ deberá ser ejercitado durante el tiempo que medie entre la

⁴³ Así se pronuncian GARCÍA-CRUCES J.A., "Derecho de información de la Sociedad de Responsabilidad Limitada". En BELTRÁN E. Y ROJO A. (Coord.) (2011) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Madrid, Civitas, p. 1372 y ss.

⁴⁴ De acuerdo con las SSTs de 17 de febrero de 2006, 4 de octubre de 2005, y 3 de diciembre de 2003 se determina la improcedencia del requerimiento de informaciones ulteriores a la entrega de los documentos solicitados y contenidos en la letra del art. 272.2 puesto se entiende que esta conducta configura la persecución de una suerte de investigación general.

⁴⁵ V. STS de 12 de diciembre de 2003.

⁴⁶ "Cabe recordar que el derecho de información podrá ser ejercicio por cualquier socio, incluidos, en este punto, los socios sin derecho de voto cuando no tengan suspendidos el resto de derechos políticos, terceros como usufructuarios o acreedores pignoratícios cuando tuvieran atribuidos derechos del socio o el socio administrador - STS 07/10/1985 -." ORTUÑO M.T., "La aprobación de las cuentas". En BELTRÁN E. Y ROJO A. (Coord.) (2011) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, Madrid, Civitas, p. 2025.

convocatoria de la Junta y la celebración de la misma, siendo obligatorio que en el texto de la convocatoria se prevea este derecho ya que, de no ser así, se produciría la invalidez de la Junta y la nulidad de todos los acuerdos en ella adoptados⁴⁷.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones y bajo el amparo de toda la normativa aplicable, considero que en este caso se dan las circunstancias para poder declarar nulo, al menos, el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión y aplicación de resultado. El porqué de mi juicio lo baso en que primeramente se produce una contravención de una norma imperativa como es el derecho de información del socio. En este caso, al ser solicitada la información por socios que ostentan un porcentaje del capital social del 40% - superior al 25% preceptivo en virtud del artículo 196.3 de la LSC - no existe posibilidad de alegar perjuicio del interés social - artículo 196.2 de la LSC - con el fin de no proporcionar la documentación solicitada. Como he explicado, para ser posible la impugnación del acuerdo en cuestión es necesario que la información solicitada con anterioridad a la Junta sea de carácter esencial y se encuentre en conexión con el mismo y ¿qué puede ser más esencial y estar más conectado con el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión y aplicación de resultado que el detalle de la partida de ingresos que forma parte de la cuenta de pérdidas y ganancias (documento, que, como he explicado, confecciona junto a otros las cuentas anuales)?. Por todo esto, opino que dicho acuerdo deberá ser declarado nulo, o, en virtud de la nomenclatura actual, impugnado, tras ejecutar la acción pertinente.

3. Acuerdo lesivo: Relativo a la vulneración del interés social

Si bien se nos esta preguntando por la posible nulidad de los distintos acuerdos sociales, hecho enjuiciado hasta este momento, también considero necesario hacer una referencia a la posible anulabilidad al segundo de ellos partiendo de que actualmente, como así se ha plasmado en la redacción del artículo 204 de la LSC, todos son impugnables sin distinción ninguna.

El acuerdo de aprobación de la gestión del Consejo de Administración debe ser considerado anulable puesto es contrario al interés social⁴⁸(siendo éstos considerados antiguamente como acuerdos anulables tal y como dije al inicio de esta pregunta) desde el momento en que se concede el alquiler de la mitad del almacén de la Sociedad a un primo del Presidente del Consejo de Administración por un precio de arrendamiento muy inferior al de mercado y con la imposibilidad de disponer de todo el almacén para los negocios intrínsecos a la Sociedad lo que supone, en mi opinión una vulneración del interés societario. Encuentro justificación en que se cumplen los requisitos pertinentes ya que: existe una vulneración del interés social desde el momento en que se produce un daño bien patrimonial, bien moral a la Sociedad no siendo necesario que el mismo ya se haya producido sino que será suficiente con que sea en potencia y aun no se haya dado⁴⁹ y se

⁴⁷ V. STS de 13 de febrero de 2006.

⁴⁸ "Interés común a todos los socios", STS de 12 de julio de 2002.

⁴⁹ V. STS de 7 de marzo de 2006.

cumple también el requisito de que la vulneración del interés social se produzca en favor, en este caso, de un tercero, que es el primo de D. Gonzalo de Ulloa por lo que indirectamente se está beneficiando también a este.

Por último, existe un nexo causal entre el perjuicio a la sociedad y el beneficio producido al tercero en este caso. Para probar esto, la jurisprudencia ha venido indicando que es necesario la existencia de alguna prueba aunque la misma sea mediante presunciones lo que, de ser facilitada la información contable (que, como he demostrado, es obligatorio en este caso), demostraría claramente esta conexión entre perjuicio social y beneficio del tercero.

Si bien he tratado de diferenciar entre la posibilidad de ser considerado nulos o anulables los acuerdos tomados por la Junta General en virtud de la nomenclatura anterior a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital sufrida en el año 2014, reitero una vez más que en la actualidad ambos acuerdos son calificados como anulables en virtud de lo estipulado en el tan mencionado artículo 204 de la misma. Para esto es necesario ejercer la acción de impugnación, la cual se encuentra regulada en el artículo 205 y siguientes de la citada Ley. Gracias a la nueva normativa en este punto se han unificado plazos además de haberse simplificado lo que concierne a la legitimación activa. Tendrán legitimación activa para presentarla cualquiera de los dos socios independientemente de que hayan hecho constar su negativa a la aprobación en el acta puesto se hallan dentro del período temporal de un año contado a partir del día siguiente a la adopción de los acuerdos, ya que se tomaron en junio del año 2015, en el cual se puede ejercitar la misma - artículo 205 de la LSC -. El artículo 206 de la LSC solamente exige que los socios que quieran impugnar un acuerdo social no se hayan pronunciado a favor del mismo, ostenten, individualmente o entre ambos, un porcentaje superior al 1% del capital social - ostentando, como ya se explicó, el 40% en este caso - y tengan la condición como tales desde antes de la adopción del acuerdo y, recordemos, en este caso ambos socios son socios fundadores de la Sociedad - lo que tuvo lugar en el año 2006 - por lo que cumplen sobradamente este requisito.

De la impugnación de los acuerdos sociales se derivan una serie de efectos siendo el básico o fundamental la invalidez del negocio jurídico en el cual consiste el acuerdo sin que, de ninguna manera, el juez pueda imponer un acuerdo alternativo. A su vez, aquellos administradores, atendiendo al artículo 236 de la LSC, que ejecutasen acuerdos lesivos o contrarios a la Ley incurriendo en un daño a la Sociedad, serán responsables frente a esta.

4. Acciones contra los administradores

Atendiendo a la segunda parte de la cuestión, los socios disconformes cuentan con diferentes vías.

La LSC diferencia entre la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad en función de si el patrimonio dañado directamente es el de la propia Sociedad, el de los socios o el de terceros.

4.1 Viabilidad de la acción social de responsabilidad

Como explicaré más adelante, en este caso considero que solo cabría interponer demanda de la primera de ellas - la acción social de responsabilidad - ya que el patrimonio que encontramos directamente dañado en virtud de los actos de los administradores es el de la Sociedad.

La acción de social de responsabilidad, que se encuentra regulada en los artículos 238 y siguientes de la LSC contempla varias vías, en mi opinión todas válidas a tenor de los hechos, por las cuales los socios disconformes pueden exigir la responsabilidad de los administradores.

Primeramente, la acción puede ser ejercida por la Sociedad en si misma, siendo condición indispensable para esto que medie un acuerdo de la Junta General - el cual deberá ser adoptado por mayoría ordinaria sin que quepa la posibilidad de establecer una mayoría cualificada a través de los estatutos - instado por cualquier socio sin ser necesaria su previa inclusión en el orden del día. En este momento nos encontramos con el primer peldaño ya que la Junta puede renunciar al ejercicio de la acción o a transigir, como muy previsiblemente sucedería en el caso de "A túa Pel S.L" puesto que en el Consejo de Administración se encuentran dos socios y el total es de cinco y, lógicamente, cabría esperar que los dos miembros del Consejo votasen a favor de su renuncia. La LSC prevé que en el caso de oposición de socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social la Junta no podrá renunciar al acuerdo del ejercicio de la acción social de responsabilidad, y dado que entre los socios disconformes representan un cincuenta por ciento, se evidencia que la Junta, en esta presente cuestión, no podrá renunciar.

Como segunda vía posible hay que atender a la legitimación "*en cascada*"⁵⁰ en virtud de la cual se podría entablar la acción por los socios disconformes - siempre en defensa del interés social puesto es la Sociedad quien sufre el daño directo en su patrimonio - cuando la participación en el capital social que representan les permitiese solicitar la convocatoria de la Junta General, esto es, un cinco por ciento sobre el mismo - artículo 239.1 en conexión con el artículo 168, ambos de la LSC -, que como vemos, se cumple claramente. Atendiendo al texto del artículo 239 sería necesario para ello cumplir una de las tres premisas que se establecen:

- No ser convocada la Junta por los administradores cuando dicha solicitud de convocatoria se ha llevado a cabo en los términos legalmente establecidos y con el objeto de decidir sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad.
- Cuando una vez se haya adoptado el acuerdo de ejercicio de la acción la Sociedad no la entablase en el tiempo máximo de un mes.
- Cuando el acuerdo de la Junta hubiese sido contrario a la exigencia de la responsabilidad.

⁵⁰ Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. (2014), *Manual de Derecho Mercantil.*, Volumen I, Madrid, Tecnos, cit. pp.508 y ss.

Como tercera opción posible para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los socios disconformes hay que bajar un escalón más en la cascada encontrándonos ahora en el párrafo segundo - el cual ha sido añadido en la reforma sufrida por la LSC a través de la Ley 31/2014 - del artículo 239.1. Aquí se abre la posibilidad de que los socios que representen el capital social que les permita solicitar la convocatoria de junta general (un mínimo de un cinco por ciento como ya indiqué), puedan ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando el deber de lealtad de los administradores se pueda considerar infringido.

Cobra protagonismo aquí el *conflicto de intereses* en el que se verían inmersos los administradores, ya que en este caso, dos de ellos, también son socios, en el momento de votar sobre su posible responsabilidad.

Si bien este caso no está contemplado entre los mencionados en el artículo 190 de la LSC por los que se prohíbe el ejercicio de derecho de voto del socio en ciertas ocasiones, una rama doctrinal entiende que, en aplicación de una interpretación extensiva del deber de lealtad en casos de conflictos de intereses - artículo 229 en conexión con el artículo 228.e -, los socios administradores deberían de evitar pronunciarse y por lo tanto, no ejercer su derecho a voto en el momento de adopción del acuerdo con la consecuencia de que, de pronunciarse mediante voto y este ser decisivo, se legitimaría a la minoría al ejercicio directo de la acción social de responsabilidad por vulneración del deber de lealtad⁵¹.

La acción social de responsabilidad tiene un plazo de prescripción de cuatro años desde el momento en el que hubiera podido ejercitarse, que viene recogido en el artículo 241 *bis* de la LSC, por lo que no se encontraría prescrita en el supuesto que nos ocupa ya que no transcurre dicho período de tiempo.

4.2 Imposibilidad del ejercicio de la acción individual de responsabilidad

Bajo mi punto de vista la acción individual de responsabilidad no puede ser ejercitada ya que ésta, regulada en el artículo 241 de la LSC, se podrá ejercitar cuando lo que se encuentra lesionado son los intereses de los socios o de los terceros debido a actos de los administradores con la exigencia de que dicha lesión sea directa.

Para poder entablar una demanda de acción individual de responsabilidad es necesario que se cumplan unos requisitos mínimos que son los siguientes⁵².

- Es necesario que se produzca un daño directo a los socios o a los terceros.
- El daño debe ser producido por un acto de los administradores en el ejercicio de su cargo.
- El acto de los administradores debe constituir un ilícito o una omisión en el sentido de lo establecido por la jurisprudencia para la acción social de responsabilidad por lo que puede ser de aplicación el artículo 236 de la LSC.

⁵¹ Así lo entiende QUIJANO. J., "La Responsabilidad de los Administradores". En BELTRÁN E. y ROJO A. (Coord.)(2011) *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Madrid, Civitas, p. 1711.

⁵² SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.(2015), *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I. Navarra, Aranzadi, cit., p.535.

- Exigencia de una relación de causalidad entre los actos de los administradores y el daño producido, recayendo, la prueba de ello, sobre los socios o terceros que entablen la acción.

El motivo considerar inviable esta acción recae sobre el primer punto: la exigencia de un daño directo a los socios o a los terceros. El daño directo en el presente supuesto recae sobre la Sociedad pues es quien ve disminuido su patrimonio con motivo de un arrendamiento de la mitad de su almacén por una cantidad irrisoria de cien euros mensuales. La posible devaluación de las participaciones sociales por motivo de una posible menor producción con motivo de esa reducción de almacén, o por cualquier otra razón derivada del precio de alquiler de la nave, no provocan un daño directo en los intereses de los socios sino que es un daño derivado o indirecto por lo que en mi opinión no es posible ejercer la acción que me hallo comentando.

5. Posibilidades de exoneración

Tal y como viene recogido en el artículo 236.2 de la LSC, el hecho de que, como puede suceder en este caso, el acto lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General no exonera de responsabilidad a los administradores.

Continuando en el artículo 237, *“todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente...”*.

De acuerdo con la literalidad de la norma serán responsables los tres miembros del Consejo de Administración de “A túa Pel S.L.” y, quien entable la acción social de responsabilidad, podrá dirigirse contra cualquiera de ellos en virtud de el carácter solidario de dicha responsabilidad. Así mismo, si continuamos leyendo veremos que este artículo establece una serie de casos de exoneración de la responsabilidad de los administradores que citan lo siguiente:

- Que los administradores no responsables prueben que no estando ellos presentes se aprobó el acto o acuerdo lesivo y desconocían su existencia.
- Que conociendo dicho acto o acuerdo lesivo hicieron todo lo posible para evitar el daño.
- Que se opusieron expresamente al acuerdo o acto lesivo.

A mayores, se puede considerar como causa de exoneración de la responsabilidad, el caso en que es el propio administrador quien decide abandonar su cargo y así lo manifiesta a la Sociedad a través de una notificación fehaciente firmada ante Notario y comunicada por este último.

Sin entrar a profundizar más a fondo, no se da ninguna causa de exoneración de la responsabilidad de los administradores puesto que en el supuesto de hecho no se encuentra ninguna mención que pudiese coincidir con alguna de las causas de exoneración citadas anteriormente.

CUESTIÓN QUINTA **DE LOS CRÉDITOS DE LOS ACREEDORES**

Determine que posibilidades tendría un acreedor de «Á túa medida, S.L.» para cobrar o seu crédito e contra quen podería dirixirse.

1. Introducción

1.1 Aclaración de la cuestión

Pese a que la pregunta precisa que se indiquen las posibilidades que un acreedor tendría para cobrar su crédito contra la sociedad "A túa medida S.L.", dado que no consta que esta sociedad - recordemos que ha sido constituida por los dos socios fundadores restantes que quedaban al frente de una anterior; "A túa pel S.L." - haya llevado a cabo ninguna actividad en el tráfico mercantil por el momento (más allá de la contratación de los diez empleados de la anterior Sociedad) y, por lo tanto, no haya acarreado ninguna deuda, todo parece indicar que la cuestión gira en torno a las posibilidades de hacer efectivos los créditos que los citados acreedores poseen contra la anterior Sociedad; "A túa pel S.L."

1.2 Cuestiones relevantes

Para considerar las diferentes posibilidades de cobro de los créditos por parte de los acreedores, en primer lugar analizaré la sociedad que ha eludido sus responsabilidades explicando su situación actual. Basándome en esas explicaciones, tendré en cuenta diferentes maneras que podrían tener los acreedores a su alcance para hacer efectivos sus créditos como son la disolución judicial, la acción individual de responsabilidad o la figura del "Levantamiento del Velo" a la vez que deshecho lo referente a la responsabilidad solidaria de los administradores del artículo 367 de la LSC. Para abordar este tema primeramente hay que analizar en que situación ha quedado la tan citada "A túa pel S.L.". Para que una sociedad se considere extinguida debe mediar previamente una causa de disolución y, después de esta y antes de llegar a la extinción, la fase de liquidación. Como vemos en el supuesto de hecho, los socios que quedan en la Sociedad, con D. Daniel al frente, interrumpen las actividades de la Sociedad pero no llevan a cabo la adopción de ningún acuerdo social por el cual se proceda a la disolución de la Sociedad, lo que, en mi opinión, habría sido la medida óptima a tomar para no incurrir posteriormente en ninguna otra causa de disolución que pudiese desembocar en la posibilidad de exigir ciertas responsabilidades a los administradores incluidas en los artículos 360.1.B y 367 de la Ley de Sociedades de Capital.

Cabe recordar que pese a estar interrumpidas las actividades, o, incluso, si se encontrase en disolución o ya disuelta, la Sociedad no pierde su personalidad jurídica⁵³ por lo que desde este ángulo se abrirían todavía más las posibilidades de los acreedores.

⁵³ V. Art. 371 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Vías de cobro de los créditos por parte de los acreedores

2.1 Disolución judicial de la Sociedad

Por lo tanto, en conexión con lo anterior, pueden darse diferentes soluciones a los acreedores para que procedan a tratar de cobrar sus respectivos créditos.

Primeramente, para el caso de que, mediando alguna de las causas de disolución establecidas en el artículo 363 de la LSC - como podría darse en este caso al transcurrir un año desde el momento en el que se produjo el cese de las actividades o, si se entendiese que existe una paralización de los órganos sociales de modo que es imposible su funcionamiento -, los administradores, o, en este caso el administrador de la Sociedad, estará obligado a convocar la Junta General en el plazo de dos meses con el objetivo de adoptar el acuerdo de disolución de la misma - artículo 365 de la LSC - que, en el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada deberá darse por mayoría ordinaria en virtud de lo estipulado en el artículo 198 de la misma Ley. De no acordarse dicha disolución mediante acuerdo de la Junta General por las razones enumeradas en el artículo 366 de la LSC - Junta no convocada, no celebrada o acuerdo de disolución no adoptado - se contempla la posibilidad de que cualquier interesado, como pueden ser los acreedores en este caso, pueda solicitar la disolución ante el juez de lo mercantil del domicilio social de la Sociedad.

De prosperar la solicitud de los interesados y recaer sentencia declarando la disolución de la Sociedad, los acreedores podrían acceder más fácilmente a hacer efectivo su derecho de crédito ya que tras la disolución, en la cual se lleva a cabo una actividad liquidatoria, se pasaría al período de liquidación en el cual se llevan a cabo las actuaciones conducentes a liquidar las relaciones jurídicas existentes hasta el momento, por lo que, en ese momento, los acreedores podrían cobrar lo adeudado.

2.2 Responsabilidad solidaria de los administradores

Paralelamente al caso del artículo 366 recién mencionado, el artículo 367 describe el caso en que se daría la responsabilidad solidaria de los acreedores :

“1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.”

Esta manera de reclamar cantidades adeudadas es cada vez más utilizado por los acreedores por lo que la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones tratando de delimitar los requisitos que han de darse para que surja el deber del administrador de

responder por las deudas sociales. Entre esta jurisprudencia es posible destacar las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2010 y de 23 de diciembre de 2011, las cuales fijan como requisitos esenciales los siguientes:

- Existencia de un crédito contra la Sociedad que sea posterior al acaecimiento de la causa de disolución ya que estamos ante una acción reservada a los acreedores de la Sociedad.
- Derivado del primero, es necesario que haya acaecido una causa de disolución de las derivadas en la legislación societaria.
- Los administradores debe omitir la convocatoria de la Junta General para la adopción del acuerdo de disolución o de remoción de sus causas.
- Deben transcurrir dos meses desde el acaecimiento de la causa de disolución sin cumplirse el requisito anterior.
- El administrador o administradores deben de haber actuado pasivamente.
- No puede existir ninguna causa que justifique la omisión.

Teniendo en cuenta que las causas de disolución previstas legalmente son las que a continuación se exponen, y que como mencioné no cabe el acaecimiento de ninguna por el momento, el requisito enumerado en segundo lugar no se cumpliría.

“a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un periodo de inactividad superior a un año.

b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.

c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.”⁵⁴

Así mismo, opino que ninguno de los posibles créditos existentes contra la Sociedad pueden ser posteriores al acaecimiento de una de las causas de disolución porque estas todavía no se han dado por lo que esta acción debería ser descartada por parte de los acreedores para hacer efectivos sus derechos.

⁵⁴ *Ibid*, art. 363.

2.3 Acción individual de responsabilidad

La siguiente opción posible que tendrían los acreedores para hacer efectivos sus créditos se encuentra en el artículo 241 de la LSC y se trata de la acción individual de responsabilidad, la cual ya ha sido explicada en la pregunta anterior.

Mediante la misma se posibilita a los acreedores de la sociedad a exigir la responsabilidad de los administradores por la realización de aquellos actos generadores de tales daños directos siempre y cuando medien los requisitos necesarios ya enumerados en la cuestión previa como efectivamente sucede en este supuesto al contrario de lo que sucedía en los hechos desarrollados en el anterior caso ya que el daño directo es evidente desde el momento en que los acreedores dejan de percibir los créditos que tienen en posesión contra la Sociedad por una decisión del Administrador quien decide, en lugar de satisfacer sus deudas, constituir una nueva sociedad con fines defraudatorios. Por lo tanto, pese a recaer sobre los acreedores la prueba de tal relación de causalidad, todo parece indicar que los actos y decisiones tomadas por el Administrador están encaminadas a evitar el pago de las deudas sociales dándose de esta manera los requisitos esenciales para que esta acción llegue a buen puerto, ya que estamos ante un daño directo producido por actos de los administradores que conforman un ilícito siendo estos actos la causa de los daños de los acreedores. Entiendo que el acto o decisión de constitución de una nueva Sociedad dedicada exactamente a lo mismo, con los mismos trabajadores, podría entenderse como un fraude de Ley y, por lo tanto como acto ilícito. El hecho de que se cree una nueva Sociedad para evitar hacer frente a las responsabilidades de pagos puede ser subsumido en esos *“actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”* que contiene el artículo 6.4 del Código Civil referente al fraude de Ley. Bajo esta interpretación, no habría duda alguna de que podría ejercitarse la acción individual de responsabilidad por parte de los acreedores dando como resultado, de considerarse viable, la aplicación de las normas que se hayan tratado de eludir, y por lo tanto, la satisfacción de los créditos de los acreedores.

2.4 Doctrina de “Levantamiento del Velo”

Pero sin duda alguna, una vez ejercida la acción individual de responsabilidad, para que los acreedores alcancen sus objetivos de hacer efectivo el crédito que tienen contra “A túa”pel S.L.” será determinante la aplicación de la denominada “doctrina del Levantamiento del Velo”.

La “doctrina del Levantamiento del Velo” constituye una figura de creación jurisprudencial que se fundamenta en la separación autónoma del patrimonio de la Sociedad y el de cada uno de los socios quedando este segundo a salvo del posible devenir de la Sociedad en el seno de la actividad mercantil, ya que, especialmente en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, como son las dos del presente caso, los socios no responderán personalmente de las deudas sociales. El problema surgido de esta autonomía de ambos patrimonios aparece cuando los socios de una Sociedad se sirven de ello fraudulentamente

para llevar a cabo acciones basadas en un fin diferente al previsto por el ordenamiento jurídico, actuando entonces en fraude de ley, lo que conforma, en este caso, el presupuesto clave para considerar si estamos frente a un posible caso de levantamiento del velo o no.

Para considerar si se encuentra presente el fraude habrán de darse una suerte de requisitos que pueden resumirse en los siguientes⁵⁵:

- Control de varias sociedades por las mismas personas.
- Operaciones vinculadas entre dichas sociedades.
- Carencia de justificación económica y jurídica de dichas operaciones

Teniendo en cuenta que tanto Dña. Teresa como D. Daniel ostentan el control efectivo de ambas sociedades, el primero de los requisitos puede verse manifestado. El segundo de ellos también está presente puesto que se hace una transferencia de trabajadores de la primera a la segunda Sociedad para seguir realizando la misma actividad al mismo tiempo que se dejan de pagar las deudas de la primera de ellas. Normalmente, cuando se crea una segunda Sociedad para eludir deudas de una predecesora, teniendo ambas al frente a las mismas personas, se lleva a cabo un vaciamiento en favor de la segunda del que no hay constancia en este caso por lo que no sabemos si se ha llevado o no a cabo.

En este sentido, la primera noción jurisprudencial que trata la figura data de 28 de mayo de 1984. En el extracto siguiente se pone de relieve la configuración que de ahí en adelante hubo de tomar la misma así como las raíces que han llevado a tal creación por parte del Tribunal Supremo:

“ Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, uno, y noveno, tres), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar "levantar el velo jurídico", en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos, del Código Civil) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (artículo diez de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un "ejercicio antisocial)"su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil), lo cual no significa que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y "constitutiva" personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la

⁵⁵ V. STS 83/2011, de 1 de marzo.

determinación de su responsabilidad "ex contractu" o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, "quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes" y menos "cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad"

En resumidas cuentas de lo que se trata es de determinar que no cabe la alegación de separación de patrimonios cuando esto es una ficción fraudulenta para obtener un beneficio⁵⁶ como puede ser el incumplimiento de un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual etc al amparo de la personalidad jurídica de la sociedad. De ser así, la prevalencia de la personalidad jurídica se ve superada⁵⁷ dejando, entonces, de tener efecto el régimen de limitación de la responsabilidad de los socios para cuando se dieran deudas sociales por lo que los Tribunales, en estos casos, podrán levantar el velo de la Sociedad y dejar a un lado la personalidad jurídica y penetrar en el interior de la Sociedad.

Por lo tanto, en base a todo lo anterior, los acreedores podrían dirigirse, además de como ya vimos, contra la primera Sociedad así como su Administrador, contra la segunda Sociedad, "A túa medida S.L.", Don Daniel y Doña Teresa, indirectamente, puesto será de aplicación la figura de levantamiento del velo, siendo importante la elección, a efectos de costas en caso de ver desestimadas sus pretensiones, de dirigirse contra todos de forma solidaria o solamente tratar de obtener lo adeudado de una de las partes a efectos de costas en caso de ver desestimadas sus pretensiones.

Para finalizar debo hacer mención a que a pesar de la gran utilidad de esta doctrina su uso debe ser subsidiario y estar sometido a criterios de cautela y proporcionalidad. No podría ser de otra manera ya que la aplicación de dicha doctrina no deja de constituir un quebrantamiento de algunas normas generales societarias como pueden ser la completa autonomía patrimonial de las personas jurídicas o la limitación de la responsabilidad de los socios.

⁵⁶ "En ciertos casos, y circunstancias es permisible penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude" SAP de Barcelona 271/2011, de 21 de junio.

⁵⁷ V. STS 3 de junio de 1991.

CUESTIÓN SEXTA

DE LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRADORA

Tendo en conta que os estatutos de «Á túa medida, S.L.» non recollen disposición ningunha respecto da retribución dos administradores, pode percibir D.ª Teresa os 2000 euros mensuais? Que podería facer D. Daniel no caso de que deixase de estar de acordo con esa retribución?

1. Introducción

Esta última pregunta versa sobre las controversias suscitadas entorno a la retribución de la administradora de la Sociedad "A túa medida S.L." - Dña. Teresa - y más concretamente sobre las potestades o derechos a cobrar dicha retribución así como de las posibles vías en virtud de las cuales D. Daniel, socio fundador de la Sociedad junto a la Administradora, podría actuar en el momento en que dejase de estar de acuerdo con el salario de Dña. Teresa - 2.000 Euros - siempre bajo el conocimiento de que el modelo de organización de la Sociedad es el de Administrador (administradora en este caso) Único.

2. Estudio sobre el salario de la Administradora de "A túa Medida S.L."

Partiendo de que el artículo 23 e) de la Ley de Sociedades de Capital establece que una mención necesaria en los estatutos de las distintas sociedades en referencia a los administradores ha de ser el sistema de retribución fijado para los mismos, nos encontramos en el artículo 217.1 del mismo texto legal la generalidad del carácter gratuito del cargo de Administrador a menos que en los estatutos conste lo contrario. De contravenirse el régimen general gratuito del cargo de los administradores, en los estatutos, deberá determinarse el "sistema de retribución" - entre alguno de aquellos establecidos en el artículo 217.2 de la LSC⁵⁸ - de manera "clara e inequívoca, que podrá aplicarse, definido de modo preciso, completo y ajustado a los límites legales"⁵⁹.

Es de gran relevancia, por lo que veremos a continuación, que la remuneración de la que estamos hablando se refiere a la que percibirían los administradores, la Administradora en este caso, en su condición de tal puesto que cuestión diferente es el caso en que los administradores perciban remuneración por cualquier otra función como pueden ser las ejecutivas.

Pues bien, partiendo de que tal y como se extrae de los hechos aportados no estamos ante una retribución derivada de una participación en los beneficios, la misma sólo puede tener dos orígenes:

⁵⁸ "El artículo 217.2 lleva a cabo una enunciación que no pretende ser exhaustiva, de forma que es posible que los estatutos de una sociedad contemplen un concepto retributivo distinto de los que dicho precepto menciona", SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.(2015), "Los Administradores". En *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I. Navarra, Aranzadi, p. 561.

⁵⁹ V. Ress. DGRN de 29 de abril de 2013 y de 30 de abril de 2013.

- A. Un origen no basado en una participación en los beneficios. En este caso, la retribución será determinada mediante acuerdo adoptado por la Junta General para cada ejercicio. Si bien en un principio la misma Junta no tenía potestades de delimitar el sistema de retribución a aplicar a pesar de ostentar capacidades para fijar la cuantía de la misma⁶⁰ debido a que se consideraba que dicho sistema debería concretarse siempre a través de los estatutos⁶¹, en los últimos tiempos viene entendiéndose que la interpretación más correcta es aquella recogida por la Res. DGRN de 12 de noviembre de 2003 en virtud de la cual se considera válida aquella cláusula contenida en los estatutos que dice, y cito textualmente, "el cargo de administrador será retribuido con una cantidad fija, de acuerdo con la actividad que desarrolle en la entidad. La retribución deberá ser fijada por la Junta General para cada ejercicio." de la que se desprende lo comentado al inicio de este párrafo y que rige a día de hoy.
- B. Un origen debido a una prestación de servicios que no son propios del cargo que ostenta el administrador o administradora. Estas remuneraciones estarán bajo el control de la Junta General en virtud del artículo 220.1 de la LSC por lo que en el momento en que se decida iniciar o modificar una relación de prestación de servicios entre la Sociedad y los administradores, deberá mediar acuerdo de la Junta General.

En el sentido del punto B la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo viene estableciendo que para que se pueda considerar viable una retribución de los administradores sin estar fijada estatuariamente, la actividad objeto de dicha retribución y las actividades características de los administradores⁶² deben ser fácilmente diferenciables.

Por lo tanto, en el caso de que un administrador realice una actividad que no se encuentra en el ámbito de aquellas características de los órganos de administración, la retribución tendrá base en una relación laboral y no mercantil. Los argumentos que aporta la jurisprudencia defendiendo su posición atienden a que si bien es posible fácticamente la existencia de dos títulos jurídicos que realicen la misma función, como pueden ser uno laboral y otro societario, de ser simultáneos uno debe eliminarse o quedar absorbido en el otro. Así, lo que determinará la relación mercantil o laboral no será la función que realice el administrador sino el vínculo, de modo que de existir una relación orgánica en el seno de la administración social de la Sociedad, tal y como ocurre en este caso, la relación no será laboral.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2013 entiende que a pesar de lo dicho en el párrafo anterior si habrá una relación laboral que se pueda compaginar con la relación mercantil característica del cargo de administrador y esa es la de personal de alta

⁶⁰ V. Res. DGRN de 24 de mayo de 2013.

⁶¹ V. Res. DGRN de 19 de febrero de 1998 y de 15 de octubre de 1998.

⁶² "Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley." Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

dirección. A pesar de esto, en la misma sentencia también se manifiesta que serán compatibles siempre y cuando las funciones de una y otra sean completamente distintas y específicas de cada una de las dos relaciones. Si no se cumplen todos estos requisitos, como en el caso de Dña. Teresa, ambas relaciones serán incompatibles debiendo prevalecer la relación mercantil por la cual solamente se podrá percibir cualquier tipo de remuneración cuando así venga contemplado en los estatutos.

La anterior sentencia se construye sobre la base de la teoría del vínculo recogida en el artículo 1.3. c) del Estatuto de los Trabajadores la cual viene excluyendo fuera de su ámbito de aplicación *“la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”*.

Como conclusión, el hecho de que la retribución de Dña. Teresa no fijada en estatutos venga determinada en concepto de “llevar a xestión da política xeral da empresa” me conduce a entender que la Administradora no puede percibir los dos mil euros mensuales ya que sería necesario para ello que dicha retribución estuviese contemplada en los Estatutos Sociales debido al carácter general gratuito del cargo de administrador. El hecho de que la retribución se fije por el concepto señalado no viene a determinar que Dña. Teresa esté cobrando por la realización de una actividad específicamente laboral que lleve a considerar compatibles su relación mercantil con la empresa debido a su cargo de administradora con dicha teórica relación laboral ya que, como ya dije, la gestión de la política general de la empresa es una de las funciones básicas y clave encomendadas a cualquier órgano de administración. Dado que no existe esa estricta distinción de funciones, la relación social de administración que ostenta Dña. Teresa fagocita la supuesta relación laboral debido a que esta segunda no tiene origen en el desempeño de ninguna función o actividad concreta más allá de la de gestión de la Sociedad.

3. Consideraciones sobre las vías para revertir la situación.

Para determinar las posibles posibilidades que tendría D. Daniel para revertir la situación cuando dejase de estar de acuerdo con la retribución de Dña Teresa primero debo aclarar que si Dña. Teresa cuenta con dicha retribución es porque debe existir un acuerdo previo entre ambos por el que se acuerda dicha retribución.

Por un lado, en el caso de que la retribución se estableciese en virtud de alguna función inherente al cargo de Administradora, tal y como dice el artículo 160.c) de la Ley de Sociedades de Capital, le correspondería a la Junta General la modificación preceptiva de los estatutos para cambiar el régimen general de cargo gratuito del Administrador contenido en el artículo 217 de esta Ley así como la especificación del sistema de retribución y la cantidad máxima a percibir anualmente.

Por otro lado, si lo que se entiende es que el hecho de “llevar la gestión y la política general de la empresa” es una función totalmente distinguible de aquellas inherentes al cargo de administradora, y, por lo tanto, puede recibir una remuneración en este concepto a través

de una relación laboral por la prestación de servicios, debió ser también la Junta General quien aprobó mediante acuerdo el establecimiento del salario.

Partiendo de lo dicho hasta el momento, concluyo que en el primer caso, dado que no ha habido una modificación de los estatutos sociales tal y como es necesario para establecer el carácter retributivo del cargo de la Administradora, el acuerdo por el que teóricamente se establece dicha retribución podrá ser impugnado por D. Daniel - ya que está legitimado en virtud del artículo 206.1 al contar con la condición de socio antes de la adopción del acuerdo y con el 50% del capital social lo que supera con creces el 1% que es requerido - por ser contrario a los estatutos de la Sociedad tal y como se establece en el artículo 204.1 de la LSC.

En el segundo de los casos partimos de que la retribución fundamentada en una actividad diferente a las inherentes de los administradores no cabe porque el concepto por el que se atribuye una remuneración a la Administradora no es otra cosa sino una función característica de los administradores de una sociedad. Por lo tanto, si ha existido un acuerdo que apruebe dicha retribución en virtud de las funciones señaladas en el supuesto de hecho este puede ser impugnado por D. Daniel pero, en contraposición a lo que sucedía en la otra posibilidad, la impugnación puede tener fundamento en una vulneración de una norma de carácter imperativo como es el artículo 1.3.c) del Estatuto de Trabajadores ya citado. La razón de entender esta vulneración radica en que de establecerse la percepción de la recalcada remuneración por el concepto ya repetido se estaría dotando de carácter laboral, o mejor dicho, "de trabajo por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica" en virtud del artículo 1.1 del mismo Estatuto lo que es contrario a la exclusión contenida en el artículo 1.3 ya que la actividad se limita *"pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo."*

La conclusión que extraigo es que fuere cual fuere el fundamento de la remuneración dentro de las posibilidades ya reseñadas, D. Daniel podría impugnar los acuerdos que aprueben tal remuneración.

En el primero de los casos el acuerdo social será impugnable por ser contrario a los estatutos sociales.

En el segundo y último, la impugnabilidad del acuerdo está motivada por una contravención al artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores - referente a la teoría del vínculo - puesto que Dña. Teresa es miembro del órgano de administración, ya que es la Administradora única, y realiza únicamente funciones inherentes al cargo como es el llevar la gestión y la política general de la empresa lo que la excluye del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores en virtud del artículo 1.1, por lo que o podrá entenderse que percibe una retribución por una relación laboral o por ser trabajadora por cuenta ajena.

CONCLUSIONES GENERALES

- CUESTIÓN PRIMERA

- I. **Viabilidad de la sociedad:** La Sociedad "A túa Pel S.L." ha sido constituida válidamente y su viabilidad, si bien produce controversia, es completamente posible de acuerdo a lo citado en la cuantiosa jurisprudencia relativa a la nulidad sobrevenida de las Sociedades de Capital.
- II. **Dictamen sobre la responsabilidad del aportante:** Teniendo en consideración el artículo 21 de la LSRL con el artículo 39.2 de la LSA en conexión con el artículo 20 de la primera de las Leyes, responderá D. Adrián de forma solidaria junto al resto de Socios fundadores de "A túa Pel S.L." por la legitimidad del pagaré.
- III. **Responsabilidades penales:** D. Adrián debe ser condenado por un delito de falsedad de documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa.

- CUESTIÓN SEGUNDA

- I. **Adquisición de la propiedad:** Una vez transmitida la misma por parte de D. Alejandro a "A túa Pel S.L.", la Sociedad puede hacerse con el terreno invadido mediante la accesión inversa.
- II. **Acciones del propietario de la finca invadida:** El propietario de este territorio podrá ejercitar la acción de deslinde y la acción reivindicatoria conjuntamente en virtud de lo mencionado en jurisprudencia del TS tal como la STS de 16 de noviembre de 2005.
- III. **Consecuencias para D. Alejandro:** D. Alejandro, como responsable, deberá encargarse del saneamiento por evicción de la propiedad o bien podría ver rescindida su aportación no dineraria con las consecuencias que esto produciría.

- CUESTIÓN TERCERA

- I. **Asunción de deudas:** Dña. Teresa podría oponerse al pago de la deuda referente a una factura entregada a su cobro el 23 de diciembre de 2004 ya que en el momento de transmisión del negocio - posterior a la realización e las obras objeto de la factura - no consta que haya consentido subrogarse en la posición de la vendedora en lo que se refiere a dicha deuda.
- II. **Indemnizaciones a los trabajadores:** Responderán solidariamente Dña. Teresa y Dña. Soledad debido a la nulidad - por contrariedad a la normativa del Estatuto de los Trabajadores - de la cláusula existente en el contrato de transmisión del negocio, en virtud de la cual debería hacer frente a dichas indemnizaciones la transmitente.
- III. **Prohibición de competencia:** Gracias a las aportaciones doctrinales y a lo recogido en el Código de Civil y en el Código de comercio - así como en la Ley de Competencia Desleal - citados en el desarrollo de la cuestión, estimo que existe una prohibición de competencia incumplida en este caso por Dña. Soledad por lo que Dña. Teresa tendrá a su disposición una serie de acciones contra esta.

- CUESTIÓN CUARTA

- I. **Posibilidad de declarar nulos los acuerdos:** Por un lado, pese a tener la calificación de impugnables hoy en día, el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión y aplicación de resultado, podría declararse nulo (en virtud de la antigua nomenclatura) por una vulneración del derecho a la información del socio. Por otro lado, el acuerdo de aprobación de la gestión del Consejo de Administración, teniendo en cuenta también la nomenclatura desfasada, no podría declararse nulo pero sí anulable en concepto de una vulneración del interés social.
- II. **Acciones contra los administradores:** En virtud de lo estudiado y analizado, solamente se podrá ejercer contra los administradores la acción social de responsabilidad - si bien, como ya explico, desde tres ángulos distintos - debido a la inviabilidad de la acción individual de responsabilidad.

- CUESTIÓN QUINTA

- I. **Vías de cobro de los créditos por los acreedores:** Los acreedores podrán hacer efectivo sus créditos mediante el ejercicio de la acción individual de responsabilidad - con la importancia absoluta de la figura del "Levantamiento del Velo" - o la disolución judicial de la Sociedad ya que no cabe la responsabilidad solidaria estipulada en el art. 367 de la LSC.

- CUESTIÓN SEXTA:

- I. **Retribución de Dña. Teresa:** No es posible la retribución de la Administradora puesto que no consta en los Estatutos de la Sociedad y tampoco podría calificarse de relación laboral o por de trabajo por cuenta ajena ya que el concepto por el que se señala la misma no es más que una de las funciones características de un órgano de administración.
- II. **Posibilidad de revocación por D. Daniel:** D. Daniel podrá impugnar aquellos acuerdos en los que se establezca la retribución de Dña. Teresa ya que, por un lado, no se modifican los Estatutos Sociales por lo que el acuerdo de retribución por una función inherente al cargo sería contraria a dichos Estatutos. Por otro lado, el acuerdo por el que se establezca la retribución en concepto de una relación laboral o de trabajo por cuenta ajena puede ser impugnado argumentando una contravención de una norma de carácter imperativo como es el art. 1.3 del Estatuto de los Trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME MARTÍNEZ, F. D. Y ROMERO PLAZA, C. J. (2016), "Retribución de administradores, Aspectos mercantiles y fiscales", *Asociación Española de Asesores Fiscales*.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2004), "La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del Derecho antimonopolio", *InDret*, nº. 253.

ARROYO VENDRELL, T. (Colab.), FELIU REY, J., LASTIRI SANTIAGO, M, RODRÍGUEZ DELGADO, J. P., MORILLAS JARILLO M^a. J. (Ed.), PERALES VISCASILLAS, P., et al (2015), *El contrato de compraventa de empresa. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Coord.), RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D., BARBA DE VEGA, J. (1998), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Pamplona, Aranzadi.

BELTRÁN E. y ROJO A. (Coord.)(2011), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Madrid, Civitas.

Boletín de Propiedad Horizontal, abril de 2009, nº 94.

BROSETA PONT, M. (Autor); MARTÍNEZ SANZ, F. (Autor), *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen II: Contratos Mercantiles, Derecho de los Títulos - Valores, Derecho Concursal, Madrid, Tecnos, 2014.

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (Coord.), BATALLER, J., BONET, J. I., CORRALES, A., CUSCÓ, M^a. A., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., et al (2009), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CARRASCO PERERA, A. (1986), *Ius aedificandi y accesión*, Madrid, Montecorvo; DE LA CÁMARA ALVAREZ, (1981) "La venta de la empresa: principales problemas que plantea", *AAMN*, nº 24, Madrid.

DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ M. A., PARRA LUCÁN M^a. A. Y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.) (2014), *Curso de Derecho Civil*, Vol. II, Derecho de Obligaciones, Madrid, Colex.

DESDENTADO BONETE A., "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº38.

GARRIDO DE PALMA, V. M. (1969) "¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie", *Revista de Derecho Notarial*.

HERNANDO CEBRIÁ, L. (2005), *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MIRANDA SERRANO (2013), “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”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 13.

PAGADOR LÓPEZ J. y MIRANDA SERRANO L. (2013), “¿La prohibición de competencia ha de pactarse expresamente en la compraventa de empresa para que sea exigible por el comprador?”, *Consejo Consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa*.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A. (1974), “Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes”, *RDM*, nº 134.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1979), *La vida jurídica de la empresa individual*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. (Coord.) (2011), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor.

RUIZ PAISÁN, P. (2015), “Consideraciones entorno a la retribución de administradores de las sociedades de capital tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo”, *Economist & Jurist*, nº 187.

SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.(2015), *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I. Navarra, Aranzadi.

ZURITA VICIOSO, J. M. (2015), “La responsabilidad de los administradores”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Volumen 10.

