

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**CASO Nº 1: LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL
DEDICADA A LA PELETERÍA**



Autora:

Ana Isabel Salas Sánchez

Tutora:

María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS JURÍDICAS	3
CUESTIONES PREVIAS: CONSTITUCIÓN Y NULIDAD DE LA SOCIEDAD LIMITADA	4 - 8
1. APORTACIÓN DE DERECHO DE CRÉDITO.....	8 - 13
1.1 LA RESPONSABILIDAD PENAL	
1. 1. 1 El delito de falsedad en documento mercantil	
1. 1. 2 El delito de estafa	
1. 1. 3 Relación entre los tipos penales que conforman el complejo delictivo y penalidad	
1. 2 LA RESPONSABILIDAD SOCIAL	
1. 3 LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO	
1. 4 CONCLUSIONES	
2. APORTACIÓN DE BIENES INMUEBLES	14 - 19
2. 1 POSIBLE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA FINCA POR PARTE DE “TU PIEL, S.L.”	
2. 2 ACCIONES DEL PROPIETARIO DE LA FINCA FRENTE AL POSEEDOR	
2. 3 CONSECUENCIAS PARA D. ALEJANDRO POR LA NO ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD POR PARTE DE “TU PIEL, S.L.”	
2. 4 CONCLUSIONES	
3. SUCESIÓN DE EMPRESA	19 - 23
3.1 LA COMPRAVENTA DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL	
3. 2 DEUDAS AL AMPARO DE LOS ARTS. 1255 Y 1205 CC	
3. 3 DEUDAS LABORALES	
3. 4 OBLIGACIONES ESPECIALES: EL ASESORAMIENTO AL COMPRADOR Y LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA	
3. 5 CONCLUSIONES	
4. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES	23 - 33
4. 1 NULIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIALES	
4. 1. 1 La convocatoria de la Junta General Ordinaria	
4. 1. 2 Vulneración del derecho de información y sus consecuencias	
4. 1. 3. Adopción e impugnación de los acuerdos sociales	
4. 2 RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	
4. 2. 1 Responsabilidad social	
4. 2. 2 Responsabilidad penal	
4. 3 CONCLUSIÓN	
5. DERECHO DE CRÉDITO DE LOS ACREEDORES	33- 37
5. 1 DERECHOS DE CRÉDITO	
5. 1 DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO: CONCURSO DE ACREEDORES	
5. 2 DISOLUCIÓN POR CONCURRENCIA DE CAUSA LEGÍTIMA	
5. 3 CONCLUSIÓN	
6. RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES	37 - 47
6. 1 RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES	
6. 1. 1 Retribución por un concepto distinto al de administrador: los servicios de alta dirección	

6. 1. 2 Falta de previsión en los estatutos de la retribución del administrador	
6. 1. 3 La doctrina de los actos propios y el conocimiento y consentimiento continuado por parte del socio demandante del pago de una retribución al administrador	
6. 1. 4 Límites a la cuantía de las remuneraciones de los administradores	
6. 2 LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	
6. 2. 1 La acción social de responsabilidad por infracción del deber de lealtad	
6. 2. 2 ¿Cabría ejercitar la acción individual de responsabilidad?	
6. 3 CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	48
NORMATIVA	49
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	50
ANEXOS	

ÍNDICE DE ABREVIATURAS JURÍDICAS

LSC	Ley de Sociedades de Capital Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada Ley 2/1995, de 23 de marzo (derogada).
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. RCL 1995\3170 (versión anterior a la reforma 2010 y posterior)
TS	Tribunal Supremo
FJ	Fundamento Jurídico
art.	Artículo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
CC	Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889)
LECiv.	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero)
RJ	Repertorio Jurisprudencial Aranzadi
TOL	Tirant On Line (docs.)
CCom.	Código de Comercio
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
LH	Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946)
SLNE	Sociedad Limitada de Nueva Empresa

CUESTIONES PREVIAS: CONSTITUCIÓN Y NULIDAD DE LA SOCIEDAD LIMITADA

Constitución de la sociedad limitada *Tu piel, S.L.*

En primer lugar, deberemos determinar si la sociedad de este supuesto (véase ANEXO I) fue válidamente constituida; para ello será necesario acudir a la ya derogada LSRL, vigente cuando se otorgó la escritura de constitución de la empresa *Tu Piel, S.L.* en mayo de 2006.

En dicha Ley (al igual que en la actual) se exige que para la constitución de una sociedad de capital se cumplan una serie de requisitos formales: la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil (art. 11 LSRL, art. 20 LSC). En este caso si bien es cierto que se otorgó escritura pública y que posteriormente se inscribió en el Registro Mercantil, también lo es que dicha inscripción se hiciera fuera de plazo, ya que según el art. 15.1 de la LSRL (art. 32.1 LSC): “*La escritura de constitución deberá presentarse a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su otorgamiento*”. El documento notarial se otorgó en mayo de 2006 y la inscripción se realizó el 9 de agosto de 2006 de modo que, de acuerdo a Ley, los fundadores y administradores deberán de responder solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación (art. 15.2 LSRL¹). En la actualidad, tal vez esto no les hubiese sucedido, ya que el legislador ha permitido a las sociedades de responsabilidad limitada, en virtud de los arts. 15 y 16 (dependiendo de si se usan estatutos tipo o no) de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores, cuyo contenido ha sido desarrollado por el RD 421/2015, de 29 de mayo; la posibilidad de constituir las a través de medios telemáticos: sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) y cumplimentando el Documento Único Electrónico (DUE)².

Otro punto a señalar es el relativo al contenido de la escritura de constitución. La LSRL recoge en su art. 12 que “*la escritura de constitución de la sociedad deberá ser otorgada por todos los socios fundadores (...) quienes habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales*”. Además, dicho artículo establece que en la escritura se expresarán:

- *La identidad del socio o socios*, que en este supuesto si se hace.
- *La voluntad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada*, que entendemos que también se realiza.
- *Las aportaciones que cada socio realice y la numeración de las participaciones asignadas en pago*. Esta mención en cambio no ha sido realizada correctamente dado que han sido divididas en acciones y no en participaciones, como corresponde a una sociedad de responsabilidad limitada, este razonamiento se ampara en el art. 5 de la LSRL en el

¹En la actual Ley de Sociedades de Capital, en su art. 30, se establece que “*los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los socios y los terceros de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la ley, de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella y de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución*”.

²GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J.L.: “La fundación de las sociedades de capital”, en MENÉNDEZ, A., ROJO, A (Dir.) y APARICIO, M.L (Coord.); *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas., Pamplona (Navarra), 2015, pp. 409 y ss.

que se establece que no podrán denominarse acciones cuando en este tipo de sociedades.

- Los *estatutos de la sociedad*, que sí se efectúan y con el contenido mínimo establecido en la Ley (véase ANEXO II).

- La *determinación del modo concreto en que inicialmente se organice la administración*, en caso de que los estatutos prevean diferentes alternativas.

- La *identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación social*, también es señaló en este asunto.

Siendo las tres primeras menciones las que verdaderamente expresan el contenido esencial del contrato de sociedad y conforman el verdadero negocio constitutivo, por lo que en general agotan su eficacia en el propio acto fundacional.

En la escritura también se pueden incluir todos los pactos y condiciones que los socios consideren, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada.

Recordar que en las sociedades de responsabilidad limitada el capital social se divide en partes alícuotas, denominadas participaciones sociales, que se integrarán por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales (art. 1 LSRL, art. 1.2 LSC). Participaciones indivisibles y acumulables, que no tendrán el carácter de valores y que no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones como ya hemos dicho (art. 5 LSRL y 92.2 LSC). En opinión de GARCÍA e IGLESIAS (2015):

“Las participaciones carecen así, a diferencia de las acciones, de la aptitud necesaria para ser objeto de negociación en los mercados de valores, lo que permite añadir a la caracterización de la sociedad limitada su menor capacidad para recurrir al ahorro colectivo como medio directo de financiación. Así lo evidencian, por ejemplo, las mayores limitaciones de esta sociedad para emitir – o garantizar – obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda (art. 401.2 LSC)”³.

Lo que sí queda claro es que en este supuesto, en la constitución de la sociedad, ha habido un error formal en cuanto a que ha denominado acciones a lo que para este tipo de sociedades es denominado participaciones sociales, por lo que ahora deberemos de preguntarnos si este error de forma es suficiente para suponer la nulidad de la sociedad.

Nulidad de la sociedad *Tu piel, S.L.*

³GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J.L.: “Las sociedades de capital. Aspectos básicos”, en MENÉNDEZ, A., ROJO, A (Dir.) y APARICIO, M.L (Coord.); *Lecciones de Derecho Mercantil, vol. I* Civitas, Pamplona (Navarra), 2015, pp. 393 y ss.

En primer lugar, decir que la situación que se nos plantea de que una sociedad limitada se llegue a inscribir denominando a las participaciones sociales, acciones; resulta complicada de creer. Tengamos presente que el Notario, pese a no darse cuenta en un primer momento del error, en virtud del artículo 153 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado⁴, éste podría realizar una subsanación de las escrituras:

“... los defectos de forma padecidos en los documentos notariales inter vivos podrán ser subsanados por el Notario autorizante (...) por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiera originado o sufrido. Sólo el Notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización.

Para realizar la subsanación se atenderá al contexto del documento autorizado y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento defectuoso. El Notario autorizante podrá tener en cuenta, además, los juicios por él formulados y los hechos por él percibidos en el acto del otorgamiento.

La subsanación podrá hacerse por diligencia en la propia escritura matriz o por medio de acta notarial en las que se hará constar el error, la omisión, o el defecto de forma, su causa y la declaración que lo subsane. La diligencia subsanatoria extendida antes de la expedición de ninguna copia no precisará ser trasladada en éstas, bastando transcribir la matriz conforme a su redacción rectificada. En caso de hacerse por acta se dejará constancia de ésta en la escritura subsanada en todo caso y en las copias anteriores que se exhiban al Notario.

Cuando sea imposible realizar la subsanación en la forma anteriormente prevista, se requerirá para efectuarla el consentimiento de los otorgantes o una resolución judicial”.

Ahora bien, pese al control preventivo de los notarios y registradores siempre puede suceder que en la constitución de cualquier tipo de sociedad de capital, pese a estar debidamente inscrita en el Registro Mercantil, su proceso fundacional adolezca de vicios o defectos que afecten a su validez y respecto de los que la inscripción registral no posee efectos sanatorios o de restablecimiento.

Pero, a su vez, la inscripción de la sociedad en el Registro y el ejercicio de las actividades propias de su objeto social, además de generar una apariencia externa de legalidad, da lugar a una organización que puede intervenir activamente en el tráfico y concertar una multitud de relaciones jurídicas con terceros confiados en esa apariencia y a quienes el ordenamiento debe proteger. De ahí que la Ley se ocupe de la posible ineficacia del acto fundacional estableciendo un régimen específico de la nulidad de las sociedades de capital, que se aparta de los principios propios de la nulidad de los negocios jurídicos e implica un cierto reconocimiento de la eficacia del negocio constitutivo.

Por ello, dentro del marco establecido en esta materia por la Primera Directiva comunitaria, el art. 16 de la LSRL (hoy se recoge en el art. 56 de la LSC) enumera las causas de nulidad que, en atención al objeto de conservación de la organización

⁴ Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado

empresarial inspirador de esa Directiva, se hallan tasadas y que incluso deben ser objeto de una interpretación restrictiva (realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante TJCE, en su sentencia de 13 de noviembre de 1990⁵):

“a) Por la incapacidad de todos los socios fundadores.

b) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos, o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.

c) Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.

d) Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social.

e) Por no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital o el objeto social.

Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior, no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad inscrita, ni tampoco acordarse su anulación”.

A partir de esta delimitación de las únicas posibles causas de nulidad, la pieza fundamental del régimen específico que para el caso establece la Ley está constituida por la previsión (art. 17 LSRL, art. 57. 1 LSC) de que la sentencia que declare la nulidad de la sociedad, aunque no constituya propiamente una causa de disolución, opera como si lo fuera y abre su liquidación, que se practicará siguiendo el procedimiento legalmente establecido para los supuestos generales de disolución. La nulidad de la sociedad, que de declararse necesariamente por resolución judicial, se configura así como una nulidad especial o *sui generis*, que nada tiene que ver con las reglas generales sobre ineficacia de los negocios jurídicos: si éstas conciben la nulidad como una ineficacia radical y de pleno derecho de la que no puede resultar consecuencia jurídica alguna, la nulidad de las sociedades de capital se concibe como una simple causa de disolución que obliga a la liquidación de la sociedad defectuosamente constituida y que por tanto no afecta, como dice la Ley *“a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación”* (art. 17.2 LSRL, art. 57.2 LSC).

Sin embargo, a mi entender, en el caso que nos ocupa no estaríamos ante un caso de nulidad puesto que no podría ir por la vía del apartado e) del art. 16 de la LSRL, dado que en los estatutos sociales si se está diciendo cuales son las aportaciones de los socios pero no empleando el término adecuado, hecho este que sin duda contravine lo mencionado con anterioridad de que no se puede denominar acciones cuando se trata de participaciones (art. 5 LSRL, 92. 2 LSC) pero que puede ser subsanado por una modificación de estatutos y no olvidemos que los estatutos son en cierta medida son un contrato (aunque con diferencias) y que como tal lo que sucede es que estaríamos ante un error obstativo, que según la doctrina se considera un vicio en la declaración (DE PABLO CONTRERAS). Este sucede cuando alguien manifiesta algo distinto de lo que realmente quiere decir, es decir, que emite una declaración de voluntad que no coincide con la

⁵ STJCE (Sala 3ª) Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España. Sentencia de 12 noviembre 2009. TJCE 2009\345

interna. En este caso, por ejemplo, se emplea el término acción cuando se quería decir participación como podemos observar en los propios estatutos puesto que están señalando que la sociedad es de responsabilidad limitada, que el capital social está totalmente desembolsado...

1. APORTACIÓN DE DERECHO DE CRÉDITO

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

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

D. Adrián tendría que asumir tanto responsabilidades penales como sociales, además de hacer frente a una posible exclusión de la sociedad.

1. 1 LA RESPONSABILIDAD PENAL

Desde el punto de vista penal nos encontramos ante un supuesto subsumible en los delitos de falsedad en documento mercantil del art. 392 del CP vigente en el año 2006, en concurso ideal medial con un delito de estafa agravada del art. 250.1.3º del mismo texto. Se trata de dos figuras delictivas estrechamente relacionadas toda vez que la primera de ellas se comete para poder llevar a término la segunda. Estamos, por tanto, ante un supuesto de concurso ideal medial.

1. 1. 1. El delito de falsedad en documento mercantil

Procede el análisis de esta figura penal cuando es cometida por un particular, como es este el caso. El art. 392 CP (en su redacción de 2006) es el encargado de sancionar a los particulares que cometieren en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390 que, a su vez, prevé y pena las conductas de:

Alterar un documento en alguno de sus elementos esenciales;

1. Simular un documento en todo o en parte; y,
2. Suponer en un acto la intervención de personas que no la han intervenido o atribuyendo a las que han intervenido manifestaciones que no han hecho.

Según la jurisprudencia del TS, este delito exige la concurrencia de los siguientes requisitos: de un lado, un elemento objetivo o material, consistente en la mutación de la verdad (por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el párrafo anterior) que recaiga sobre elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas entre las partes y, de otro lado, un elemento subjetivo o dolo falsario, consistente en la concurrencia en el agente de la

conciencia y voluntad de transmutar la verdad⁶.

El objeto material del delito, al que se refiere el párrafo anterior, sería un documento público, oficial o mercantil; entendiéndose por éste último aquel que "expresé y recoja una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o el que acredite o manifieste operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil"⁷. Esta delimitación incluiría, por supuesto, los pagarés que, en la medida en que sean falsos, como es el caso que nos ocupa, darían lugar a la apreciación de la conducta prevista en el art. 392 CP.

La conducta descrita en el supuesto reúne los requisitos objetivos y subjetivos descritos en el tipo penal apreciado, ya que nos encontramos ante una falsificación de documento mercantil mediante la confección completa de un pagaré falso que induce a error sobre su autenticidad e incorpora todos los elementos que la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque establece como esenciales para el pagaré en su art. 94, en concreto la firma.

Por todo ello, Adrián Gómez debería ser acusado, enjuiciado y condenado como responsable en concepto de autor (art. 28 CP) de un delito de falsedad en documento mercantil, previsto y penado (para el caso de particulares) en el art. 392 del CP vigente en el año 2006, en relación con el 390.1.2º. No obstante, hay que tener presente que los hechos tuvieron lugar antes del 24 de diciembre de 2010, fecha en la que se reformó el Código Penal, de modo que el plazo de prescripción es de 3 años y no de 5 como actualmente.

1. 1. 2. El delito de estafa

Por lo que se refiere al delito de estafa, el bien jurídico que protege es el patrimonio privado de las personas físicas y jurídicas, entendido éste en su concepción mixta jurídico-económica que según la doctrina dominante y, entre ellos Martos Núñez, implica el reconocimiento del patrimonio como el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables bajo la protección del ordenamiento jurídico.

Esta descripción de patrimonio implica circunscribir los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente evaluables y exige, además, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación conocida por el ordenamiento⁸.

De acuerdo con el texto del CP vigente en el año 2006, la estafa es un delito de naturaleza socio-económica cuya conducta típica consiste en utilizar con ánimo de lucro "*engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*" (art. 248.1 CP). Así, los elementos típicos que estructuran el delito, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia, son el *engaño bastante*; el *error*; el *acto de disposición por parte del sujeto pasivo* y el *perjuicio patrimonial*. A continuación se analizan más pormenorizadamente:

a) La utilización de un *engaño bastante* por parte del autor del delito ha de generar un

⁶ STS, núm. 206/2014, de 3 marzo (RJ 2014\2104).

⁷ STS, núm. 900/2006, de 22 de septiembre de 2006 (RJ 2007\1677).

⁸ MARTOS NUÑEZ, J. A.; *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 27-29.

riesgo no permitido para el bien jurídico.

Esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo:

- Desde el punto de vista subjetivo, será *engaño bastante* aquél que reúna unas condiciones mínimas de idoneidad concreta para producir una figuración errónea de la realidad en la víctima teniendo en cuenta sus circunstancias particulares.

- Desde el punto de vista objetivo -que necesariamente habrá de combinarse con el subjetivo a los efectos de entender que concurre el tipo de estafa-, será *engaño bastante* aquél que reúna unas condiciones mínimas de idoneidad abstracta para producir el error o, lo que es lo mismo, aquél que cuente con una apariencia de realidad y seriedad suficientes para defraudar a personas de inteligencia media. Por el contrario, no darán lugar a la comisión del delito de estafa aquellos engaños que no sean objetivamente idóneos como sucedería con la persona que acepta una burda fotocopia de un billete en pago de una determinada prestación.

b) La segunda exigencia del tipo básico de la estafa es que el engaño idóneo ha de desencadenar el *error* del sujeto pasivo de la acción que genere en él una figuración falsa de la realidad.

c) En tercer lugar, debe darse un *acto de disposición* del sujeto pasivo motivado, precisamente, por el error previo. Dicho acto de disposición debe realizarse en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.

d) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y *ánimo de lucro* por parte del sujeto activo de la misma.

e) Finalmente, de la estafa tiene que derivarse un *perjuicio* para la víctima que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal). Así, se materializa en este perjuicio o deterioro económico el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo. Como ya he advertido antes, según la mayoría de la dogmática española, el perjuicio patrimonial se configura desde la concepción objetiva jurídico-económica del patrimonio. Así, HUERTA TOCILDO, entre otros, entiende por perjuicio patrimonial "toda disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona (en este caso jurídica), obtenida a través de una acción antijurídica que persigue la obtención de un lucro injusto"⁹.

En síntesis, tal y como indican los profesores VALLE MUÑIZ y QUINTERO OLIVARES, es exigencia del tipo que el engaño engendre un peligro de producción del resultado dañoso y, en ese sentido, el éxito de la conducta engañosa dependerá de su capacidad para alterar los elementos de juicio del sujeto pasivo del delito, provocando así en él una decisión errónea que le llevará a una disminución injusta de su acervo patrimonial¹⁰. Por eso el desvalor de resultado en el delito de estafa adquiere su plenitud con la lesión del patrimonio ajeno, de suerte tal que el *daño patrimonial* se configura

⁹ HUERTA TOCILDO, S.; *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980, p. 45.

¹⁰ VALLE MUÑIZ, J. M. y QUINTERO OLIVARES, G.; "De las estafas", en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.; *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. 5ª edición, Pamplona: Aranzadi, 2008, p. 707.

como uno de los elementos esenciales del tipo objetivo dotándolo de la consideración de delito de resultado material que exige la lesión efectiva del bien jurídico protegido y no sólo su puesta en peligro.

En el caso propuesto para su análisis, concurren los requisitos apuntados pues haber utilizado un pagaré aparentemente verdadero constituye una forma de engaño con la suficiente entidad para provocar el error que conlleva el acto de disposición por parte de los sujetos pasivos del delito. En este caso, las víctimas serían el resto de los socios que, creyendo en la realidad de la aportación de D. Adrián, accedieron a constituir una SL junto con él, depositando así las aportaciones sociales -evaluables económicamente-. También se verifica el elemento típico del perjuicio patrimonial y este se halla en el quebranto económico para los socios que implica el hecho de creerse parte de una sociedad con 50.000 euros de capital social cuando, en realidad, solo contaba con 40.000.

Además, cabe tener en cuenta que el art. 250.1 3º CP relativo a los tipos cualificados de estafa, prevé una pena más grave para aquellos casos en los que la estafa se realice mediante cheques, pagarés, letras de cambio en blanco u otros negocios cambiarios ficticios como medio o instrumento del engaño de la estafa. De este modo, junto a la lesión del bien jurídico propio del delito de estafa, ya indicado, se lesiona también la seguridad y garantía que ese tipo de documentos representa en el tráfico jurídico. Por todo lo expuesto, D. Adrián también deberá responder por la comisión de un delito de estafa agravada del art. 250.1 3º CP.

Por todo ello, Adrián Gómez también debería ser acusado, enjuiciado y condenado como responsable en concepto de autor (art. 28 CP) de un delito de estafa del art. 250.1 3º CP.

1. 1. 3. Relación entre los dos tipos penales que conforman el complejo delictivo y penalidad

Como ya se ha apuntado anteriormente, el delito de falsedad en documento mercantil del art. 392.1 CP se encuentra en una relación de concurso ideal medial con el delito de estafa agravada del art. 250.1 3º del mismo texto legal, dado que la falsificación del pagaré se erige como medio necesario para cometer la subsiguiente defraudación, siendo ese documento de crédito el instrumento utilizado para perpetrar la estafa. En consecuencia, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones (art. 77.2 CP).

Tomando como referencia el Código vigente en el momento de los hechos (año 2006), el marco penal de referencia sería el de prisión de tres años con seis meses a seis años, además de una multa de nueve a doce meses de duración. Ello resulta del cálculo de la mitad superior de la pena prevista para el delito agravado de estafa del art. 250.1.3º CP vigente en el año 2006, que resulta más grave que la pena prevista en el art. 392 para el delito de falsedad documental.

Además, hay que tener presente que, para el caso de impago de la multa, resultaría de aplicación el art. 53 CP, según el cual, D. Adrián Gómez quedaría sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

1. 2 LA RESPONSABILIDAD SOCIAL

Para resolver lo relativo a la responsabilidad social de D. Adrián, hay que recurrir a la ya derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), que era la vigente en el momento en el que D. Adrián aportó el pagaré "falso" a la sociedad "*Tu piel, S.L*" y también en el momento del vencimiento del mismo. Teniendo en cuenta la regulación vigente hoy, entenderíamos que la aportación de un pagaré a la sociedad sería un supuesto de aportación de derecho de crédito a que se refiere el art. 65 LSC, sin embargo, en la medida en que esta figura no estaba prevista en la antigua LSRL, tendremos que concebir esta operación como una aportación no dineraria.

En base a lo dicho, resulta relevante para el caso de análisis el contenido del art. 21 LSRL (equivalente al art. 73 de la actual LSC), según el cual "*los fundadores (...) y quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, responderán solidariamente frente a la sociedad (...) de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura*". Esta acción de responsabilidad puede ser ejercitada bien por los administradores (lo mismo nos indica el art. 74.1 de la actual LSC), o bien por los liquidadores de la sociedad sin que sea preciso el acuerdo previo de la sociedad¹¹¹². Además de estos sujetos, también podrá ser ejercitada esta acción por cualquier acreedor en caso de insolvencia de la sociedad.

Asimismo, es importante tener presente el apartado cuarto de este precepto, en virtud del cual *la responsabilidad frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años a contar del momento en que se hubiera realizado la aportación*. No obstante, ello no afecta a la resolución de esta pregunta puesto que hay que presumir que la resolución de este caso tiene lugar en el año 2006 -que es cuando se producen los hechos que dan lugar al supuesto- ya que, de otro modo, no solo estaría prescrita la acción de responsabilidad contra este socio sino también los delitos de falsedad documental y estafa de los que podría ser acusado por su conducta.

Pues bien, partiendo de todo lo anterior y teniendo presente que la aportación de D. Adrián no era real, ya que se trataba de un falso derecho de crédito y, por tanto, vacío de contenido patrimonial; éste tendría que responder frente a "*Tu piel, S.L*". Desde un punto de vista operativo, el modo de ejecutar esta responsabilidad es a través de la aportación *a posteriori* de los 10.000 euros que le corresponden. En este sentido, según Vázquez García cuando el socio opte por aportar un derecho de crédito y este resulte fallido a su vencimiento, en todo o en parte, tendrá la obligación de satisfacer aquello que la sociedad no hubiese recibido en ese momento¹³. Ante esta situación cabe, por supuesto, la posibilidad de que el socio se constituya en mora, con todos los efectos legales que ello produce.

Desafortunadamente, puede suceder que D. Adrián no atienda a su obligación de desembolso. En ese caso, estaría incumpliendo dolosamente una de las obligaciones derivadas del contrato de sociedad que él suscribió y, en ese sentido, resultaría aplicable

¹¹ GRIMALDOS GARCÍA, M. I.; "Órganos (II). Los administradores. Estatuto jurídico común", en EMBID IRUJO, J.M. (Dir.), FERRANDO VILLALBA, M. DE L. y MARTÍ MOYA, V. (Coords.), *Introducción al Derecho de Sociedades de Capital: Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 231 y ss.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J.L.; "La fundación de las sociedades de capital". en MENÉNDEZ, A., ROJO, A (Dir.) y APARICIO, M.L (Coord.); *Lecciones de Derecho Mercantil, vol. I* Civitas, Pamplona (Navarra), 2015, pp. 441 - 444.

¹³ AAVV (VÁZQUEZ GARCÍA, R. J.; Coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Dykinson, Madrid, 1998, p.221.

el art. 1101 CC, en virtud del cual “*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”.

Así las cosas, los socios, que también son parte de ese contrato, estarían legitimados para reclamar judicialmente el pago de lo debido además de la correspondiente indemnización.

1.3 EXCLUSIÓN DEL SOCIO

Llegados a este punto, y una vez firme la sentencia civil condenatoria, procedería la exclusión de D. Adrián Gómez como socio de la entidad, pues el art. 98 LSRL establece que “*la sociedad de responsabilidad limitada podrá excluir al socio que (...) hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta Ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia*”. Es evidente que la aportación de un pagaré falso y vacío de derechos patrimoniales al igual que el no desembolso posterior de lo debido resulta contrario a lo dispuesto en la ley y es por ello que cabría la posibilidad apuntada.

En cuanto al procedimiento de exclusión, se requiere, además del acuerdo de la Junta General, resolución judicial firme, siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada (art. 99 LSRL).

No obstante, hay que tener presente que, incluso aunque esta acción no fuera ejercitada por los socios, el sujeto vendría obligado de igual modo a reparar el daño patrimonial causado a la sociedad y a abonar los 10.000 euros de capital social puesto que ese quebranto económico es consecuencia de la comisión de dos delitos en concurso. En este sentido, operaría la responsabilidad civil derivada de los delitos y, en consecuencia, procedería la reparación e indemnización en los términos de los arts. 109 y ss. CP.

1.4 CONCLUSIÓN

La conducta de Don Adrián constituye un ilícito "social" (en el sentido mercantil del término) pero, además, también le hace incurrir en responsabilidad penal. Es por ello que, de resultar probados los hechos descritos en el supuesto, las consecuencias jurídicas para él serían realmente graves. De un lado, en el caso de que se negase a desembolsar los 10.000 correspondientes a sus participaciones, resultaría inmerso en un procedimiento civil de reclamación de cantidad, pudiendo ser excluido de la sociedad pero, de otro lado, podría resultar condenado como reo de un delito de falsedad en documento mercantil en concurso ideal medial con otro de estafa, lo cual le llevaría a ingresar en prisión.

2. APORTACIÓN DE BIENES INMUEBLES

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

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

2. 1 POSIBLE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA FINCA POR PARTE DE “TU PIEL S.L.”

Para comenzar, procede decir que las aportaciones sociales -según establece el art. 60 LSC- se entienden realizadas a título de propiedad, salvo que se estipule lo contrario. Dicho lo cual, en el supuesto que nos atañe, queda claro que “Tu piel, S.L.” al menos adquiere 925 m² de superficie de la finca, quedando "en suspenso" la cuestión de qué sucede con esos 75 m² que, según el supuesto, pertenecen al titular del predio colindante.

2. 1. 1 ¿Cabría usucapión?

En el caso se expone que parte del predio aportado a la sociedad por D. Alejandro no era de su propiedad, como ya hemos dicho, sino que lo invadió por error al realizar la construcción de la nave que sirve como almacén en octubre del año 1995. Ante tal situación, es posible llegar a adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo a través de la prescripción adquisitiva o usucapión.

Se suele definir la usucapión como el modo de adquirir el dominio o los derechos reales por la posesión continuada a título de dueño por el tiempo señalado en la ley. Así pues, la usucapión se basa en dos hechos: la posesión de la cosa por parte de quien no es su propietario y la duración de ésta por un cierto tiempo. Nuestro Código Civil no utiliza el término usucapión, sino el de prescripción -al que ya he hecho referencia- y lo hace en el art. 609, según el cual *“la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes pueden adquirirse también por medio de la prescripción”*. También a esta institución hace referencia el art. 1930 CC cuando afirma que *“por la prescripción se adquiere, de la manera y con las condiciones determinadas por la ley, el dominio y demás derechos reales”*¹⁴.

En cuanto a los requisitos exigidos para adquirir la propiedad por esta vía, podemos afirmar que la esencia de la usucapión está en la posesión (en este caso de los 75 m² de finca) así como en la concurrencia de otras condiciones que pueden clasificarse en personales, reales y formales.

a) Los requisitos personales hacen referencia a la capacidad de los sujetos intervinientes en la relación jurídica para adquirir un bien así como para resultar perjudicado por la usucapión. En relación con este presupuesto hay que estar a lo dispuesto en los arts. 1931 y 1932 CC¹⁵. Además, también en esta categoría de requisitos se puede incluir la buena fe exigida al poseedor no propietario para que pueda tener lugar la usucapión ordinaria. Respecto de ello, el poseedor ha de creerse dueño de la cosa o bien ignorar el vicio que acompañó la adquisición de la misma¹⁶.

¹⁴ MORENO-TORRES HERRERA, M.L.; “Derechos reales, usucapión y prescripción extintiva”, en MORENO-TORRES HERRERA, M.L.; *La usucapión*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 9-22.

¹⁵ Así, el art. 1931 CC establece que: *“Pueden adquirir bienes o derechos por medio de la prescripción las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos*. Por su parte, el 1932 establece que: *Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluidas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley. Queda siempre a salvo, a las personas impedidas de administrar sus bienes, el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción”*.

¹⁶ Arts. 1950 y 443 CC.

En el presente caso, Alejandro goza de capacidad legal para adquirir bienes y derechos y también concurre en él la buena fe exigida toda vez que la ocupación de la franja de finca tuvo lugar por error al creerse el dueño de la misma. Por tanto, se puede concluir que se cumplen los requisitos personales para que pueda proceder la usucapión.

b) Los requisitos reales se refieren a la aptitud de la cosa (de la finca en este caso) para ser usucapida. Así, el art. 1936 CC “*son susceptibles de prescripción todas las cosas que estén en el comercio de los hombres*” (siempre, como resulta evidente, que se hayan poseído y concurren el resto de exigencias).

En el supuesto de hecho estudiado también concurre esta exigencia al tratarse las fincas de bienes inmuebles susceptibles de comercio.

c) Por lo que respecta a los requisitos formales, hay que decir que los constituyen el título, la posesión -antes aludida- y el transcurso del tiempo:

- El *título* solo se exige en la prescripción ordinaria y es el hecho que sirve de causa a la posesión y, por consiguiente, a la adquisición de la propiedad o derecho real - generalmente un contrato-. Para ser apto para dar lugar a la usucapión ha de ser justo (entendiéndose por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio, es decir, el contrato que justifica la entrega de la cosa); en segundo lugar el título ha de ser verdadero y válido (careciendo de idoneidad las simulaciones) y, en tercer lugar, ha de resultar probado ya que, en virtud del art. 1954 CC no se presume nunca.

La exigencia del título (que no existe en el caso que se nos plantea) es uno de los requisitos esenciales de la usucapión ordinaria aunque, como ha dicho LASARTE, choca frontalmente con el art. 448 CC, según el cual el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo¹⁷.

- La *posesión* es en realidad la base de la prescripción adquisitiva. Las exigencias de esta posesión las marca el art. 1941 CC cuando dice que “*la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida*”.

- En cuanto al *transcurso del tiempo*, hay que diferenciar entre la prescripción ordinaria de la extraordinaria así como de que se trata de bienes muebles o inmuebles, si embargo, se obviará ahora la referencia a la usucapión de bienes muebles por cuanto el caso hace referencia a una finca.

Respecto de la prescripción ordinaria, el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescribe por la posesión durante 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, siempre que haya buena fe y justo título, considerándose ausente al que resida en el extranjero o en ultramar.

Por lo que atañe a la extraordinaria, se prescribe también el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles por su posesión no interrumpida durante 30 años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes.

Hemos visto que en el supuesto analizado concurren los requisitos personales y reales.

¹⁷LASARTE, C.; *Principios de Derecho Civil IV. Propiedad y derechos reales de goce*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 145.

Respecto de los formales, podemos constatar que, efectivamente hay posesión (en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida) de la finca durante un tiempo determinado que supera los 10 años de suerte tal que, si el verdadero dueño estuviera presente también el lapso temporal exigido se cumpliría. El problema surge al constatar que no hay justo título; en efecto, Don Alejandro carece de contrato alguno que baste para transferir en dominio y, en este sentido, no puede producirse el efecto de la usucapión ordinaria que lo constituye la adquisición del derecho de propiedad sobre esos 75 m² de finca. Tampoco, como resulta evidente, puede tener lugar la prescripción extraordinaria al no haber transcurrido los 30 años exigidos.

En síntesis, “*Tu Piel S.L.*” no podría adquirir la propiedad de la franja de finca de 75 m², dado que no ha transcurrido el plazo exigido para que tenga lugar la prescripción adquisitiva extraordinaria cuando falta, como en este caso, un título justo (como pudiera ser un contrato de compraventa) que permita la ordinaria.

2. 2 ACCIONES DEL PROPIETARIO DE LA FINCA FRENTE AL POSEEDOR

La propiedad de un predio se encuentra sometida potencialmente a múltiples ataques por lo que requiere una serie de acciones que permitan su reconocimiento y protección. En este sentido, destaca la acción reivindicatoria a la que se refiere el art. 348 CC *in fine*, según el cual “*el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”. Fuera de esta disposición, no hay ningún otro precepto que regule la acción reivindicatoria y es por ello que su construcción, requisitos y elementos básicos han corrido a cargo de la jurisprudencia¹⁸.

A nivel conceptual, puede definirse la acción reivindicatoria como aquella acción real que compete a un propietario no poseedor contra quien posee indebidamente su propiedad. Así, en el caso de análisis, el verdadero dueño de los 75 metros cuadrados de finca (y dueño a su vez de la parcela colindante), podría reclamar su franja de terreno acudiendo a la vía judicial en ejercicio de esta acción en el plazo de 30 años (art. 1963 CC).

Los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción reivindicatoria son:

a) La prueba del dominio del actor: en este sentido, podrá interponer la acción quien alegue ser dueño cuando pruebe su dominio en cuanto que, como regla general, a él le corresponde la carga de la prueba. Al ser prácticamente imposible la prueba del dominio, la jurisprudencia viene admitiendo que al actor le basta con probar que ha poseído continuamente durante el tiempo requerido para la usucapión. No obstante, tratándose de fincas, el art. 38 LH facilita la prueba y ampara al actor en cuanto que determina que “*a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*”.

b) La posesión de la cosa por el demandado: así, la acción se ejercita frente a quien posee la cosa y, sin derecho a conservarla, se niega a restituirla a su verdadero dueño. La posesión del demandado ha de ser, por tanto, actual e indebida y, en este sentido, en el presente caso no procedería la acción reivindicatoria si la sociedad decidiera reintegrar la porción de finca al acervo patrimonial de su propietario. En tal caso, posiblemente

¹⁸ SSTS 285/2015, de 22 de mayo (RJ 2015/2259) y 107/2012, de 12 de marzo (RJ 2012/4526).

resultaría más adecuada la acción declarativa de dominio que, según LASARTE, tiene por objeto que la titularidad dominical sea reconocida, teniendo una finalidad de cesación por parte de terceros en la perturbación de su propiedad¹⁹.

c) La identificación de la cosa: por tanto, siendo el objeto de la acción la reclamación una cosa concreta, ha de ser identificada (sin que proceda la reclamación de otra distinta aunque sea de la misma especie y calidad).

En cuanto a los efectos de la acción, si esta resulta ejercitada con éxito, se producirá la restitución de la cosa poseída con todas sus accesiones y ello plantea un problema a la sociedad ya que la parte de la nave construida sobre la porción de terreno del actor, pasaría a pertenecer a él, derivándose para Alejandro las responsabilidades que a continuación se apuntan.

La acción de deslinde en relación con la accesión invertida como posible solución²⁰

Respecto de estas instituciones procesal-civiles, la jurisprudencia ha hecho alarde -según DÍAZ FUENTES- *“de una extraordinaria permisividad hacia las extralimitaciones constructivas en espacios pendientes de delimitación, aplicando la accesión invertida”*.

Esta sería, *a priori*, la solución. Sin embargo, hay que tener en cuenta la figura, de la llamada accesión invertida o construcción extralimitada (de creación jurisprudencial). Esta institución exige que estemos ante una construcción que invada parcialmente el terreno colindante ajeno -el contiguo a la finca edificada-, realizada de buena fe, a la que el propietario no se haya opuesto, resultando de ello un todo indivisible (puesto que la posibilidad de división solucionaría la controversia); y siendo el valor de lo construido o edificado superior al del suelo invadido.

Por tanto, se exige que se construya en suelo ajeno, siendo presupuesto necesario que el terreno y lo construido pertenezcan a distintos propietarios. En este caso, desde esta perspectiva, surge un inconveniente insalvable para el éxito de la acción de resarcimiento por aplicación de la doctrina de la accesión invertida y es que nada se dice en el caso de que la parte actora (dueña de la franja invadida) haya acreditado ser la propietaria de la finca. Así, en la medida en que la titularidad de la parte actora no resulte acreditada, no podrá prosperar la acción invertida cuyo efecto sería la apropiación por parte del edificante de ese trozo de finca a cambio de la condena a indemnizar al demandante por lo indebidamente aprehendido²¹.

Partiendo de lo expuesto, una posible solución para el titular del predio contiguo sería la delimitación previa de las dimensiones exactas y límites de ambas fincas; ello podría llevarse a término a través de la llamada acción de deslinde. Esta acción está prevista en el art. 348 CC, según el cual, *todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes. Se trata de un mecanismo que cobra sentido en los casos en los que los límites de los terrenos están son inciertos y están confundidos y su finalidad es la de conocer la línea perimetral exacta de cada propiedad. De todos modos, su efecto no es el de atribuir la propiedad de la finca a ninguno de los sujetos por lo que no resulta incompatible con la acción reivindicatoria.*

¹⁹LASARTE, C.; *Op cit.*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 159.

²⁰DÍAZ FUENTES, A.; *El deslinde*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 128 – 129.

²¹ SAP de Ourense (Sección 1ª), núm. 148/2016, de 13 abril (JUR 2016\119509), FJ 3º.

2. 3 CONSECUENCIAS PARA ALEJANDRO POR LA NO ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA FINCA POR PARTE DE “TU PIEL S.L.”

Entre las consecuencias que para Don Alejandro supone la no propiedad de la porción de finca por parte de la sociedad, se encuentra el hecho de que, de ese modo, su aportación pierde valor. Ello es así porque en la escritura consta que la aportación no dineraria consiste en un finca de 1.000 metros cuadrados sobre la que existe una nave (almacén) con un valor de 10.000 euros, mientras que -si la acción reivindicatoria del propietario resulta exitosa y no prospera una hipotética acción invertida- nos encontraríamos ante una finca de 925 metros cuadrados con un valor proporcional de 9.250 euros y sin parte de ese almacén que, por accesión pasaría a pertenecer al dueño del predio colindante. En consecuencia, el capital social resulta mermado al reducirse su valor.

Según la Resolución de la DGRN del 4 de abril de 2013, la variación del valor de las aportaciones tras la inscripción requiere la adopción de los acuerdos de reducción o aumento de capital que correspondan, no pudiendo variarse los valores por los que fueron realizadas con una mera subsanación. Así, según esta resolución, inmatriculada la sociedad en el Registro con una determinada cifra de capital social, las alteraciones al alza o a la baja (como en este caso), cualquiera que sean las causas que las explique, solo podrán hacerse valer frente a terceros cuando exista el correspondiente acuerdo de aumento o reducción del capital social y una vez que éste se inscriba²². De este modo, la solución podría ser la adopción de un acuerdo de reducción de capital social de 50.000 euros a 49.250 euros.

Otra solución, tal vez más razonable y menos gravosa podría ser la realización de una nueva aportación por parte de Don Alejandro en neto para cubrir el déficit y mantener la cifra inicial de capital social, todo ello sin perjuicio del régimen de responsabilidad por la realidad de las aportaciones y de su valor. En este último sentido, cobra relevancia el art. 77.1 LSC, según el cual, *los fundadores responderán solidariamente (...) de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias.*

2. 4 CONCLUSIONES

Estamos ante una situación delicada pero de fácil resolución. En primer lugar -dado que la entidad no ha llegado a adquirir por usucapión la porción de finca invadida (por no concurrir el elemento esencial del justo título para que sea suficiente el transcurso de 10 años)- procedería el ejercicio de la acción invertida por parte del vecino afectado. Esta acción resulta apropiada cuando se realiza una construcción que invade parcialmente el terreno colindante ajeno y su efecto es la condena al demandado a indemnizar al dueño del predio a cambio de la transmisión de la propiedad de esa porción de fundo.

El problema surge si esta acción no prospera (y ello es bastante probable al no haberse acreditado la titularidad del predio); en este caso, lo adecuado probablemente sería el ejercicio previo de la acción reivindicatoria con arreglo a lo establecido en el art. 348 CC para, después (una vez declarada la propiedad de la finca a favor del actor), proceder, en su caso, a una reducción del capital social que, como consecuencia de esta situación, se

²²Fundamento de Derecho 2º de la Resolución de 4 de abril de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil XIX de Madrid, por la que se suspende la subsanación de otra de constitución de sociedad.

ha visto mermado.

3. SUCESIÓN DE EMPRESA

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

3. 1 LA COMPRAVENTA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

En el presente caso, nos encontramos ante una compraventa de un negocio propiedad de un empresario individual -en este caso Doña Teresa- ya que lo que se transmite es la unidad de explotación económica o productiva. Conviene tener presente, con todo, que la naturaleza mercantil del objeto de la venta (una empresa) no implica el carácter mercantil del contrato de compraventa ya que, como es sabido, solo *será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa* (art. 325 C.Com). Así, en este caso resultan de aplicación las normas civiles reguladoras de la compraventa²³.

Al igual que sucede en el contrato de compraventa ordinario, en la de establecimiento las obligaciones fundamentales del vendedor son la de entrega del establecimiento y la de saneamiento. La entrega del establecimiento implica, desde luego, la de los singulares elementos que lo integran y no se agota con la puesta a disposición de los distintos elementos integrantes del negocio, sino que comprende también la obligación de situar al adquirente en condiciones de utilizar y explotar esa organización y el crédito del establecimiento respecto de la clientela.

Por supuesto, la empresa o el establecimiento también pueden ser objeto de aportación a una sociedad mercantil (en este caso a “*Tu Piel S.L.*”), ya sea en el momento de constituirse la sociedad, o posteriormente con ocasión de una operación de aumento del capital social con cargo a esta aportación no dineraria. Así, el titular de la empresa puede aportar a la sociedad la totalidad de los establecimientos de su titularidad; puede aportar uno o varios conservando la titularidad de los demás; y puede, en fin, aportar, simultánea o sucesivamente, varios establecimientos a dos o más sociedades. Es importante también tener presente que en la escritura deben describirse los bienes y derechos registrables que integran el establecimiento, mientras que es suficiente que los demás bienes se relacionen en un inventario, que se incorporará como anejo a dicha escritura, siendo en todo caso necesario indicar el valor del conjunto (arts. 133 y 190.1 RRM).

3. 2 DEUDAS AL AMPARO DE LOS ARTS. 1255 Y 1205 CC

En cuanto a la factura, a nombre del establecimiento, por unas obras realizadas en el establecimiento entre mayo y junio del 2004, cuya presentación al cobro fue el 23 de diciembre de 2004:

Hay que decir que la transmisión del establecimiento no implica necesariamente la asunción por el adquirente de las deudas que el transmitente hubiera contraído para la organización o el funcionamiento del establecimiento objeto del contrato y así sucede

²³Diferencias entre compraventa civil y mercantil: STS 242/2015, de 13 de mayo (RJ 2015/2247).

incluso en el caso de que con el establecimiento se transmita también el nombre comercial del mismo. Además, hay que tener en cuenta que para que exista asunción de las deudas por parte del nuevo propietario (que libere al antiguo de la obligación) no basta con que las partes así lo pacten pues, además, se requiere el consentimiento del acreedor (art. 1205 CC).

No obstante, en algunos casos, con total independencia de lo que hubieran pactado las partes, a la responsabilidad del cedente se añade la responsabilidad del cesionario. Se trata de casos de responsabilidad solidaria de origen legal en los que el sucesor en la titularidad del establecimiento responde solidariamente con el anterior titular de ciertas deudas frente a la Hacienda pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social, frente a los trabajadores y frente a las entidades aseguradoras. Es por ello que la Ley permite que quien pretenda adquirir el establecimiento o los establecimientos de que fuera titular cualquier persona natural o jurídica, solicite de la Administración -antes de proceder a la adquisición, y con la conformidad del transmitente- una certificación detallada de las deudas y responsabilidades derivadas del ejercicio de esa actividad mercantil. De todos modos, en el presente caso las deudas no son a favor de la Administración por lo que estaríamos fuera de estos supuestos de solidaridad.

Por tanto, una posible solución a la controversia derivada del pago de la factura, podría hallarse en los arts. 1255 y 1205 CC. Así, las partes al amparo de la libertad contractual y al principio de la autonomía privada pueden pactar la asunción de las deudas contractuales (no, en cambio, las extracontractuales por dolo o culpa del cedente). Este pacto según doctrina mayoritaria y jurisprudencia ha de ser expreso, y en cualquier caso el pacto de cesión de deudas sólo produce efectos *inter partes*, legitimando únicamente la asunción cumulativa por el adquirente, pero no la liberación del transmitente que sólo posible si consienten los acreedores.

Nada se dice en la exposición del supuesto sobre si el contrato por el que se transmitió el negocio establecía la responsabilidad solidaria de Teresa (junto con Soledad) respecto de esa deuda. Es por ello que, teniendo en cuenta que esa obligación nació antes de que Teresa adquiriera el negocio, correspondería solo a Soledad su pago.

3.3 DEUDAS LABORALES

En cuanto a los 8.500 € de las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación de 2 trabajadoras que habían sido despedidas en agosto de 2004:

En primer lugar habría que determinar cuando tuvieron lugar los hechos, ya que en el supuesto se dice que Teresa Medina adquirió el negocio en agosto de 2004 y, a su vez, se dice que las trabajadoras fueron despedidas ese mismo mes y año. ¿Quién despidió a las empleadas? Para responder a esta cuestión hay que tener presente que la transmisión del establecimiento no extingue la relación laboral de los trabajadores que presten sus servicios en el mismo; el adquirente queda subrogado *ope legis* en los derechos y obligaciones laborales del anterior titular²⁴. Por tanto, si el curso de los acontecimientos tuvo lugar en forma legal, hemos de presumir que las trabajadoras fueron despedidas con anterioridad a la compra del negocio.

²⁴ Art. 44.1 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, para adaptación del Derecho español a la Directiva 98/50/CEE, de 29 de junio.

La jurisprudencia española ha aplicado la regla de la subrogación legal en los contratos de trabajo en los casos de “transmisión directa” del establecimiento de un empresario, individual o social, a otra persona, natural o jurídica, afirmando que la mera “sucesión” en la actividad no es suficiente para que exista subrogación. Sin embargo, en algunas ocasiones se ha afirmado la existencia de “sucesión” en supuestos en los que no existía propiamente transmisión directa del establecimiento o empresa, sino una mera “transmisión indirecta”, expresión con la que esa jurisprudencia hace referencia a los casos de continuación *de facto* por un tercero del ejercicio de la misma actividad empresarial, con los mismos medios patrimoniales con que contaba el anterior titular (tal y como sucede en el presente caso).

Con lo dicho y presumiendo que los despidos se produjeron con anterioridad, hay que tener presente que el transmitente y el adquirente tienen la obligación de responder solidariamente durante el plazo de tres años de las obligaciones laborales (entre las que se incluyen las indemnizaciones por despido y los salarios de tramitación) nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hayan sido satisfechas aún (art. 44.3 ET) y ello incluso respecto de aquellos trabajadores a los que no alcance la “sucesión de empresa”.

3. 4 OBLIGACIONES ESPECIALES: EL ASESORAMIENTO AL COMPRADOR Y LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

En lo relativo al descenso de la clientela experimentado desde noviembre de ese año del que se queja D^a Soledad, coincidiendo con la apertura de un nuevo establecimiento en el mismo municipio dedicado a la confección textil, cuya titular era D^a Soledad:

Se imponen al transmitente una serie de obligaciones de hacer y no hacer con el objetivo de entregar efectivamente al comprador la empresa con las mismas expectativas de rentabilidad que tuviera para el transmitente.

La obligación de hacer consiste en la comunicación al adquirente de los conocimientos necesarios e informaciones sobre los procedimientos técnicos de producción (*know how*) y todo lo que configura la organización comercial de la empresa (estrategias, redes de distribución, estudios, listas...) de modo que éste quede colocado en situación de poder proceder a una adecuada explotación (notificando a los clientes, a los proveedores...), garantizando la continuidad de la empresa. Además el cedente debe comunicar a los terceros mediante anuncios públicos o incluso a los representantes legales de los trabajadores mediante notificación directa.

La obligación de no hacer consiste en la abstención de formar parte de la competencia, para crear las condiciones económicas y jurídicas para que el adquirente pueda recibir y disfrutar los elementos y relaciones de la empresa. Ante el silencio legal la doctrina alega el principio de buena fe contractual (1258 del Código Civil y 57 Código de Comercio) y concurrencial. Además esta obligación sólo es temporal hasta que se consolide razonablemente la actividad empresarial del adquirente, que habrá de determinar el juez según criterios materiales, espaciales y temporales.

Como ya se indicó, la obligación de entrega del vendedor no se agota con la puesta a disposición al comprador de los distintos elementos integrantes de negocio, sino que comprende también la obligación de situar al adquirente en condiciones de utilizar y explotar esa organización y el crédito del establecimiento respecto de la clientela.

Por lo tanto, no es suficiente con la entrega; el vendedor tiene respecto al comprador unas específicas obligaciones de colaboración: por un lado, el vendedor tiene la obligación de informar lealmente al comprador sobre la organización interna del establecimiento y sus posibilidades de actuación en el mercado, y, por otro, debe abstenerse de realizar actos que ocasionen o sean susceptibles de ocasionar una captación de la clientela. Sobre el vendedor (Doña Soledad) pesa, pues, una obligación de no competencia, como medio indirecto para no destruir la organización y la clientela del negocio transmitido haciendo valer el principio de buena fe al que hace referencia el art. 57 C.Com.

No obstante, es cierto que esta obligación tiene sus límites. Así sucede, en efecto, porque no puede ser entendida en términos tan amplios que prácticamente impidan al transmitente toda posibilidad de actuación comercial. Existe un límite objetivo, un límite geográfico y un límite temporal:

a) Por virtud del primero, el vendedor no puede ejercer actividad empresarial del mismo o análogo género que la que constituye el giro o el tráfico del establecimiento vendido.

b) Por virtud del segundo – es decir, del límite geográfico-, el vendedor puede abrir un establecimiento o continuar la explotación del que ya disponía en municipio distinto a aquél en que radica el establecimiento enajenado.

c) Y, en fin, el límite temporal significa que esa prohibición de competencia desaparece una vez que haya transcurrido el tiempo prudencial necesario (que será distinto en cada caso) para que el comprador consolide la clientela, haya o no obtenido este resultado.

Por excepción, existirán supuestos en que esta obligación negativa del vendedor haya sido excluida expresamente por las partes o en los que, por distintas circunstancias, no resulte exigible al vendedor (así sucede cuando éste sea titular de varios establecimientos en la misma localidad dedicados al mismo giro y tráfico del establecimiento que vende).

No obstante, parece que en el presente supuesto no ha transcurrido el tiempo necesario para la consolidación de la clientela de la señora Teresa y, aún más, tal y como se exponen los hechos se infiere que Soledad se ha llevado la cartera de clientes. Siendo así, la solución a favor de la compradora sería la interposición de una demanda contra Soledad por haber incurrido en competencia desleal.

3.5 CONCLUSIONES

Respecto del pago de la factura por las obras realizadas en el local, la solución se halla en los arts. 1255 y 1205 CC. De este modo, las partes pueden -en virtud de su libertad contractual- pactar la asunción de las deudas contractuales o bien la dispensa de afrontarlas. Puesto que nada se ha pactado a este respecto (al menos que conste) y atendiendo a la lógica y cronología de los hechos, el pago de la obligación correspondería solo a Soledad.

En cuanto a las deudas laborales relativas a los despidos de las trabajadoras, rige el art. 44.3 ET, según el cual el transmitente y el adquirente tienen la obligación de responder solidariamente durante el plazo de tres años cuando, como en este caso, la deuda haya nacido con carácter previo. Siendo así, ambas partes tienen la responsabilidad de asumir los gastos.

Finalmente, por lo que se refiere al descenso en la facturación del negocio como

consecuencia de la apertura de otro de la misma clase por parte de Soledad, hay que decir que está podría resultar condenada por competencia desleal al haber incumplido las obligaciones que le correspondían al haber transmitido el establecimiento. Entre dichas obligaciones destaca la de comunicación al adquirente los conocimientos necesarios e informaciones de la empresa para poder proceder a una adecuada explotación de la misma, así como la de abstenerse de formar parte de la competencia.

4. NULIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIALES

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

4. 1 NULIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIALES

Para saber si los acuerdos sociales aprobados en la Junta General Ordinaria, el 15 de junio de 2015, de la sociedad “*Tu piel, S.L.*” -relativos a la aprobación de las Cuentas Anuales, informe de gestión, aplicación de resultado, y aprobación de la gestión del Consejo de Administración- pueden ser declarados nulos; habrá que analizar si la convocatoria de la Junta General se hizo de la manera oportuna y plantearnos la posibilidad de que se esté vulnerando el derecho de información de los socios, vulneración que tendría como consecuencia la posibilidad de impugnar los acuerdos para su posterior declaración de nulidad.

4. 1. 1 La convocatoria de la Junta General Ordinaria

En una Junta General los socios deciden, por mayoría legal o estatutariamente establecida, sobre los asuntos propios de la competencia de la junta; que a los efectos que aquí nos interesan son, entre otros, “*la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la de la gestión social*” (art. 160. a) LSC) y “*cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos*” (art. 160. j) LSC). Estas decisiones obligarán no solo a los administradores y socios, sino también, a los disidentes y a los que no hayan participado en la junta (art. 159 LSC).

En el caso de la sociedad “*Tu Piel, S.L.*”, estamos ante una Junta General Ordinaria, celebrada el día 15 de junio de 2015, que tuvo lugar dentro de los 6 primeros meses del ejercicio, pero que de no haber sido así seguiría siendo válida (art. 164.2 LSC). Dicha Junta, según establece la Ley, deberá de celebrarse, como mínimo, “*aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado*” (art. 164.1 LSC).

Para que tuviera lugar esta reunión de socios fue necesario que, previamente, se realizase la convocatoria. En este supuesto fue llevada a cabo por Don Gonzalo de Ulloa, Presidente del Consejo de Administración que lo facultó en los estatutos para convocar la Junta General, y la dirección, administración y representación social (véase ANEXO II).

La convocatoria de dicha Junta (ANEXO III), según establece el caso, se realizó dentro del plazo legalmente previsto, es decir, con un mínimo de 15 días de antelación (art. 176.2 LSC), lo cual no quiere decir que se realizase del modo oportuno ya que para que la convocatoria de la Junta se haga de manera válida deberá de hacerse mediante anuncio

publicado en la página web de la sociedad (cuando cumpla los requisitos del art. 11 bis de la LSC²⁵) y, en su defecto, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social (art. 173.1 LSC). También podrá realizarse, en el caso de que así se haya previsto en los estatutos, mediante otro “*procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios*” (art. 173.2 LSC) o que se acuerden “*mecanismos adicionales de publicidad*” a los legalmente previstos, como sería en particular la gestión telemática por la sociedad “*de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria interesados en la web de la sociedad*” (art 173.3).

El anuncio de esta convocatoria debe contener, entre otras menciones:

Una relación comprensiva de todos los asuntos que han de tratarse en la junta (art. 174 LSC), relación que se denomina orden del día.

- Mencionar que a partir de la fecha de la convocatoria cualquier socio podrá obtener, de forma inmediata y gratuita, la documentación que ha de ser aprobada en Junta, en virtud del art. 272. 2 de la LSC.

En nuestra convocatoria ficticia del ANEXO III presuponemos que sí se indica lo estipulado por el art. 272. 2 de la LSC al igual que el art. 196 de la LSC (que veremos más adelante), ya que de no ser así se entenderá que se está vulnerando el derecho de información y que tal omisión no puede considerarse un mero defecto de forma²⁶ y sí un

²⁵Art. 11 bis de la LSC estipula: “1. Las sociedades de capital podrán tener una página web corporativa. Esta página será obligatoria para las sociedades cotizadas. 2. La creación de una página web corporativa deberá acordarse por la junta general de la sociedad. En la convocatoria de la junta, la creación de la página web deberá figurar expresamente en el orden del día de la reunión. Salvo disposición estatutaria en contrario, la modificación, el traslado o la supresión de la página web de la sociedad será competencia del órgano de administración. 3. El acuerdo de creación de la página web se hará constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y será publicado en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”. El acuerdo de modificación, de traslado o de supresión de la página web se hará constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y será publicado en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, así como en la propia página web que se ha acordado modificar, trasladar o suprimir durante los treinta días siguientes a contar desde la inserción del acuerdo. La publicación de la página web de la sociedad en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” será gratuita. Hasta que la publicación de la página web en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” tenga lugar, las inserciones que realice la sociedad en la página web no tendrán efectos jurídicos. Los estatutos sociales podrán exigir que, antes de que se hagan constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil, estos acuerdos se notifiquen individualmente a cada uno de los socios”.

²⁶En la STS (Sala de lo Civil), Sección 1ª, núm. 436/2013, de 3 de julio, RJ 2013\4989, FJ 5º se declaró que no era tolerable un ejercicio abusivo del derecho a impugnar los acuerdos sociales por incumplimiento de los requisitos formales de la convocatoria: “(...) si la junta tiene por objeto la aprobación de las cuentas anuales, el artículo 86, apartado 1, de la Ley 2/1995 exige la mención, en la convocatoria, del derecho de los socios a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que van a ser sometidos a su aprobación (...). Se trata de una mención exigida con fines funcionales, en la medida en que está destinada a dar a conocer al socio un derecho que la norma le concede y a expresar la disposición de la sociedad a facilitar su ejercicio. (...) (T)ales formalidades las eleva la Ley, con la fuerza que tienen las normas de “ius cogens”, a la condición de exigencia inexcusable como garantía básica de la regular constitución de la junta en cada caso y, por repercusión, como presupuesto de validez de los acuerdos en ella adoptados. La naturaleza imperativa de dichas normas y la correlación entre su incumplimiento, la inválida constitución de la junta y la nulidad absoluta de los acuerdos adoptados han sido destacadas por la jurisprudencia, para las sociedades capitalistas de éste o distinto tipo -sentencias de 31 de mayo de 1983 (RJ 1983\2954), 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7449), 7 de abril de 1987 (RJ 1987\2497), 5 de noviembre de 1987, 18 de diciembre de 1987, 25 de marzo de 1988, 26 de enero de 1993, 15 de noviembre

vicio de la convocatoria que se calificará como defecto insubsanable, lo que determina la imposibilidad de acceso al Registro Mercantil de los acuerdos adoptados (contemplado por la Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2015)²⁷.

4. 1. 2 Vulneración del derecho de información y sus consecuencias

Entremos ahora en el problema fundamental de este caso, la vulneración del derecho de información.

El derecho de información, reconocido por el art. 93 d) de la LSC, va dirigido a facilitar a los socios sus decisiones en la juntas, de forma que les permite recabar los elementos de juicio necesarios para poder ejercitar su derecho de voto de forma reflexiva y, en general, para tener un conocimiento preciso de la marcha de la sociedad.

Este derecho presenta dos manifestaciones: una denominada genérica, es decir, que queda confiada a la iniciativa del socio, consagrada por el art. 196 de la LSC en el caso de las S.L.; y otras consideradas específicas, que son predeterminadas por la Ley.

El art. 196. 1 de la LSC establece que *“los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día”*.

La Ley limita así el derecho de información atendiendo:

- A la materia de la información: se ha de concretar a aquellas materias que figuran en el orden del día de la convocatoria de la junta general.
- A la incompatibilidad con el interés social: se puede negar a un socio la información que éste haya solicitado en los casos en que la publicidad de la información solicitada perjudique a los intereses sociales, salvo que los socios que soliciten la información representen, al menos, el 25 % del capital social.
- Al tiempo: los socios no podrán ejercitar su derecho a la información hasta que se publique el anuncio de la convocatoria de la junta general.

Ahora bien, los socios D. Alejandro e D^a. Inmaculada, haciéndose uso del precepto

de 1994 y 160/2005, de 14 de marzo (RJ 2005\2235)-. Sin embargo lo expuesto no significa que sea tolerable un ejercicio abusivo del derecho a impugnar los acuerdos sociales por incumplimiento de los requisitos formales de la convocatoria. Antes bien, la jurisprudencia ha admitido la validez de la junta y de los acuerdos adoptados en ella cuando el cumplimiento de los requisitos omitidos no resultaba necesario - sentencia 95/2006, de 13 de febrero (RJ 2006\689), y las que en ella se citan -. Con estas mismas características se presenta el supuesto enjuiciado, dado que el socio demandante y ahora recurrente, pese a que no se le advirtió en la convocatoria de su derecho a pedir la información pertinente - en los términos señalados en la norma que se dice infringida -, la solicitó a la sociedad, oportunamente y con la exhaustividad y reiteración que el mismo relató en el apartado quinto, letra a), de su escrito de demanda. Cabe decir, por lo tanto, que de la omisión de la mención en la convocatoria no resultó ninguna consecuencia que justifique la nulidad pretendida de la junta general”.

²⁷Resolución de DGRN, de 18 de febrero de 2015, TOL 4.769.850.

analizado, tras ver el anuncio de la convocatoria de la Junta, solicitan por escrito el 9 de junio a la sociedad el detalle de las partidas de ingresos que figuran en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2014, la cual forma parte de las cuentas anuales del ejercicio que deben ser aprobadas en la Junta.

Lo que nos llevaría en primer lugar a dirimir, atendiendo a la materia de la información, si es cierta la afirmación de que la cuenta de pérdidas y ganancias forma parte de las cuentas anuales y si es plausible solicitar el detalle de los ingresos de cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2014.

Las cuentas anuales, según se manifiesta en el art. 254 de la LSC, comprenden tanto el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo (ECPN) y la memoria.

Y con lo que respecta a si es admisible solicitar el detalle de los ingresos de esa cuenta de pérdidas y ganancias, decir que nos encontraríamos ante una de las manifestaciones específicas del derecho de información, que introduce al principio de este epígrafe, predeterminadas por la Ley. En este caso en concreto, puesto que se trata de la aprobación de la cuentas anuales del ejercicio anterior, según el art. 252. 3 de la LSC, los socios disconformes, al representar más del 5 % del capital social y dado que en los estatutos no se dispone lo contrario, pueden examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y antecedente de las cuentas anuales.

En segundo lugar, cabría analizar la respuesta que recibieron D. Alejandro y D^a. Inmaculada el 11 de junio por parte del Presidente del Consejo, quién se ampara para no mostrar la información en que esta es de carácter confidencial y que su publicidad podría ocasionar perjuicios para la sociedad.

Conque la pregunta a formularse sería la siguiente:

¿Es posible que el órgano de administración niegue a un socio los informes o aclaraciones oportunos, acerca de los asuntos incluidos en el orden del día, amparándose en que son confidenciales y que su publicidad podría ocasionas perjuicios para la sociedad?

La respuesta sería pues depende, el art. 196. 2 de la LSC sí que contempla esta posibilidad²⁸, sin embargo, en el supuesto que se nos plantea no cabría denegar dicha información ya que D. Alejandro y D^a. Inmaculada representan el 40 % del capital social, empleándose así la excepción que recoge el art. 196. 3 donde se establece que *“no procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social”*²⁹.

Nos encontramos, por tanto, ante la vulneración de un derecho de naturaleza pública y carácter imperativo, que no puede ser modificado o excluido por pactos particulares y que

²⁸El art. 196. 2 de la LSC establece que *“el órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social”*.

²⁹IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.; Los órganos sociales de las sociedades de capital, en MENÉNDEZ, A., ROJO, A (dir.) y APARICIO, M.L (coord.); *Lecciones de Derecho Mercantil, vol. I*, Civitas, Pamplona (Navarra), 2013, pp. 491 y ss.

es de cumplimiento inexcusable para el órgano de administración³⁰, en este caso, el Consejo de Administración. Dicha vulneración trae consigo la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en la junta y la pertinente responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

4. 1. 3. Adopción e impugnación de los acuerdos sociales

a) Adopción de acuerdos sociales

Como se nos dice en el supuesto, a la Junta General acuden todos los socios y se aprueban todos los acuerdos (relativos a la aprobación de las Cuentas Anuales, informe de gestión, aplicación del resultado, y aprobación de la gestión del Consejo de Administración), votando en contra D. Alejandro y D^a Inmaculada y pidiendo ésta última que se haga constar en acta su oposición (véase acta de la Junta en el ANEXO IV).

Para adoptar los acuerdos sociales de esta Junta sería suficiente con la mayoría de votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social, excluyendo los votos en blanco (art. 198 de la LSC), como así sucede.

b) Impugnación de acuerdos sociales

Son impugnables los acuerdos sociales contrarios a la ley, los que se oponen a los estatutos o lesionan el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204 LSC).

En este litigio nos encontramos ante acuerdos sociales que contravienen, por la forma en la que fueron adoptados, un mandato imperativo de la LSC; el del art. 196 de la LSC (derecho a información de los socios) por lo que podrían ser impugnados y posteriormente declarados nulos.

Desde el punto de vista procesal, la demanda sobre la impugnación de los acuerdos sociales seguirá los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la LEC (art. 207. 1 LSC, 249. 3º LECiv.). Así, para la tramitación de esta demanda D. Alejandro y D^a Inmaculada deberán de alegar y acompañar documentación que acredite lo siguiente:

a) Que ambos están legitimados puesto que representan el 40 % del capital social empleándose así el art. 196. 3 donde se establece que *“no procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social”*

b) Que la sociedad ha adoptado el acuerdo objeto de la impugnación.

c) En su caso, que se formuló oposición al acuerdo que ahora se impugna.

³⁰BOLDÓ RODA, C.; “Estatuto jurídico del socio (I). Derechos y deberes del socio”, en EMBID IRUJO, J.M. (dir.), FERRANDO VILLALBA, M. DE L. y MARTÍ MOYA, V. (coords.), *Introducción al Derecho de Sociedades de Capital: Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 171-173.

d) Que concurren las circunstancias de nulidad o de anulabilidad que se alegan.

e) Además, el actor deberá alegar, en su demanda, todos los hechos que resulten adecuados para justificar que, en la adopción de los acuerdos han concurrido las causas concretas de anulabilidad o de nulidad que invoque.

En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada (art. 207. 2 LSC). La LECiv. incluye toda una serie de medidas cautelares para este proceso: junto a la posible anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil (art. 727, núms. 5 y 6 LEC³¹), cabe solicitar también la suspensión de los acuerdos impugnados cuando los demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial (art. 727. 10ª LEC).

Además de lo dicho, los administradores sociales, los terceros y los socios con participación inferior no pueden solicitar la suspensión de los acuerdos, la cual puede provocar:

a) Una prohibición a la sociedad de ejecutar el acuerdo, mediante la notificación del propio auto que la acuerde, o mediante requerimiento a los administradores.

b) Una anotación preventiva en el Registro Mercantil de la suspensión de los acuerdos impugnados susceptibles de inscripción en tal Registro.

En cuanto a la caducidad de la acción (que, en virtud del art. 206.3 LSC deberá dirigirse contra la sociedad), el plazo será de 1 año y se computará desde la fecha de adopción del acuerdo en la junta.

También desde una perspectiva procesal, es relevante en fuero competente para conocer del asunto. En este sentido, el conocimiento de las acciones de impugnación de acuerdos sociales corresponde a los Juzgados de lo Mercantil. El art. 52.10º de la LEC establece que: “*En materia de impugnación de acuerdos sociales, será tribunal competente el del lugar del domicilio social*”, por lo que la competencia territorial corresponde al Juzgado de lo Mercantil de la capital de la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, en esta caso A Coruña.

4. 1. 4. Nulidad de los acuerdos sociales

Conforme al art. 204.2 LSC, “*serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley*”. No obstante, conviene hacer varias observaciones:

³¹El art. 727 de la LEC contempla, entre las medidas cautelares: “5ª - *La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes y derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos*”, y “6ª - *Otras anotaciones registrales en casos de que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución*”. La conveniencia de la anotación deriva del art. 8 del RRM: “*La declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho. Se entenderán adquiridos conforme a Derecho los derechos que se adquieran en virtud de acto o contrato que resulte válido con arreglo al contenido del Registro*”. Con ella, nadie puede ampararse en la condición de tercero de buena fe.

En primer lugar, hay que decir que el sentido de la palabra “nulo” no es el mismo que el del art. 6.3 del CC. Así, en la LSC, la palabra “nulo” no significa ineficaz ni insubsanable, de modo que tiene el sentido de acuerdo susceptible de ser impugnado por ser, en algún aspecto, contrario a la Ley. Por tanto, en la LSC, la nulidad no opera “*ipso iure*” y para sea declarado nulo, ha de triunfar la acción de impugnación, produciendo el acuerdo sus efectos, en tanto no recaiga sentencia firme de nulidad.

Tras un análisis detenido del art. 204.2 LSC, podemos concluir que tacha de nulos únicamente a los acuerdos que infrinjan disposiciones de derecho necesario -prohibitivas o imperativas-; pero no de derecho dispositivo, contenidas en normas -con rango o no de Ley-. En esta línea, la STS 17 febrero 1992 (RA 1.259/1992) declara que “*la nulidad de los actos contrarios a la Ley requiere que la norma sea imperativa o prohibitiva, siendo entonces su efecto la nulidad del acto, si aparece claro el carácter coactivo o prohibitivo de la ley*”. Así, cuando un acuerdo social infringe la ley en los términos antes indicados, deviene nulo sin que se requiera que, además, dimanen del acuerdo consecuencias negativas, ni perjudiciales.

El art. 204.3 LSC permite a la sociedad que ha constatado que algún acuerdo adoptado por ella incurre en alguna causa de nulidad o de anulabilidad aplicar posibles soluciones, éstas son:

- a) “Sustituir” en el sentido de cambiar, reemplazar, relevar o suplir tal acuerdo.
- b) “Dejar sin efecto” que es lo mismo que anularlo o revocarlo.

No obstante, hay que tener presente que, por exigencia del principio procesal “*ut lite pendente, nihil innovetur*”, la sanación del acuerdo viciado sólo es eficaz en el procedimiento de impugnación cuando se ha consumado antes de la interposición de la demanda. Si la sociedad deja sin efecto, o sustituye el acuerdo, mediante otro acuerdo posterior a la demanda, esta novación no afectará al procedimiento impugnatorio ya iniciado. Si el acuerdo impugnado ha sido válidamente dejado sin efecto, o sustituido antes de la interposición de la demanda, ya no existirá el objeto procesal al que ésta va dirigida.

4. 2 RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

4. 2. 1 Responsabilidad social

La acción social de responsabilidad puede ser ejercitada por los socios contra los administradores cuando la conducta de estos haya generado un daño para el socio actor y cuando los administradores hayan actuado contra la ley o los estatutos sociales o sin la diligencia que merece su cargo.

En el presente caso, un miembro del órgano de administración impide a dos de los socios el ejercicio del derecho a información que les reconoce el art. 196 LSC, actuando así en contra de una disposición legal y generando un perjuicio para los dos impugnantes y para el propio patrimonio de la sociedad. En consecuencia, procedería el ejercicio de la acción social.

En cuanto al modo en que ha de tramitarse ésta, establece el art. 238 LSC que se requiere acuerdo previo de la junta general a solicitud de cualquier socio. Además, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar la

convocatoria de la junta para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción, pudiendo entablar conjuntamente la acción de responsabilidad cuando los administradores no convocasen la junta.

4. 2. 2 Responsabilidad penal

a) La obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios

El art. 293 del CP establece que *“los administradores (...) de derecho de cualquier sociedad constituida (...), que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social (...) serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses”*.

La elevación de esta conducta al rango de delito es un hecho que resulta cuanto menos controvertido. En la legislación extrapenal se incluye ya este comportamiento como un ilícito mercantil que, además de la vía de impugnación de acuerdos sociales nulos o anulables, permite la interposición de acciones de responsabilidad contra los administradores, y dicha ilicitud se ha revelado eficaz en la persecución de los abusos realizados por los administradores. Es más, paradójicamente, el ilícito mercantil no se contenta con la mera obstaculización de los derechos de los socios (como tipifica el CP), sino que exige además la causación de un daño patrimonial.

Por ello, de nuevo hay que reclamar la necesidad de efectuar una interpretación restrictiva del tipo que atempere las insatisfactorias consecuencias que se derivarían de la literal de la norma.

De la letra de la ley no se extrae un bien jurídico de índole material que dote de la necesaria lesividad a la infracción. Desde la perspectiva técnica de los bienes jurídicos individuales dignos de protección penal, en el art. 293 no existe más que un mero peligro abstracto para el patrimonio de los socios.

El sujeto pasivo del delito aparece circunscrito a la persona del socio.

El objeto material viene integrado por los *“derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las leyes”*, cuyo contenido nos remite a la LSC. De modo que el legislador se ha visto en la tesitura de tener que recurrir a la técnica de la ley penal en blanco para determinar el contenido de los aludidos derechos (*“derechos reconocidos por las leyes”*).

Los verbos que constituyen, alternativamente, el núcleo del tipo son el “negar” y el “impedir”.

- “Negar” requiere simplemente el acto positivo negatorio; integraría un tipo de simple actividad que no admite la modalidad omisiva.

- “Impedir” significa “estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa”, y debe ser interpretada en el mismo sentido que se propone para el delito de coacciones, esto es, como una modalidad prohibitiva de causar, en la que ningún obstáculo existe para apreciar la comisión por omisión.

La negativa o el impedimento del ejercicio de los citados derechos habrán de efectuarse sin que concurra una “causa legal” que autorice al administrador a limitar los derechos de

los socios. Es un elemento normativo jurídico del tipo, con las consabidas consecuencias en materia de error.

La opinión mayoritaria propone la restricción de la imputación subjetiva al dolo directo, en atención a evidentes razones político-criminales.

La modalidad de “negar” se consumará en el instante en que se produce la actividad positiva denegatoria. En cambio, en la modalidad de “impedir” la consumación se producirá en el momento en que se verifica la efectiva obstaculización del ejercicio de los derechos sociales, concebida como constitutiva de un auténtico resultado material.

Cabe concurso de delitos con amenazas o coacciones, falsedades, estafa, apropiación indebida y administración desleal, siendo el concurso con este último el que más coincide con nuestro caso³².

b) La administración desleal

En el caso de que los dos socios disconformes obtuviesen la información contable que reclaman y constatando que, efectivamente, sus sospechas respondían a la realidad, el Derecho Penal les ofrece la posibilidad de perseguir la conducta antijurídica del Presidente del órgano de administración a través del art. 252 del CP que prevé y castiga el delito de administración desleal.

Según este precepto, serán castigados con la misma pena prevista para el delito de estafa (*ex* artículos 249 y, en su caso, 250 del CP), los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno emanadas de un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado, en este supuesto, el de la empresa.

Se trata de un delito cuya modalidad comisiva, antes de la reforma penal del año 2015, se sancionaba en el artículo 295 del Código Penal, referido al delito societario de administración fraudulenta (si bien es cierto que el tipo básico del delito de administración desleal quedaba integrado en el de apropiación indebida). El nuevo precepto ya no se refiere a cosas muebles -como pueden ser el dinero o los valores- sino a la administración de un "patrimonio", concepto mucho más amplio que, a mi entender, nos permite incluir en el tipo la gestión desleal de un bien inmueble que se halle integrado en el capital social, por ejemplo.

El Presidente del Consejo de Administración, D. Gonzalo goza de facultades de gestión sobre el patrimonio de la sociedad, el cuál está integrado -entre otros bienes- por la nave destinada a almacén cuyo arriendo constituye el motivo de conflicto entre los miembros de la entidad. En efecto, de los Estatutos ficticios de la sociedad "Tu piel, S.L." (véase ANEXO II), se desprende que su condición de presidente del órgano de administración, le confiere las facultades de gestión y administración del patrimonio de la sociedad, tomando todas las decisiones que conformen la gestión ordinaria de la empresa.

De lo dicho se colige que la conducta de D. Gonzalo tiene perfecto encaje en la infracción

³² AAVV (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; Coord.); *Manuales Derecho Penal Parte Especial, 4ª Edición actualizada a la LO 1/2015*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 497-499.

penal de referencia al concurrir todos los elementos del tipo. En este sentido:

Se verifica la concurrencia en la persona de D. Gonzalo de facultades de administración de un patrimonio (el social) en virtud de un negocio jurídico (los Estatutos de la sociedad que delimitan las atribuciones del órgano de gobierno);

Puede verificarse también la infracción por exceso en el ejercicio de dichas facultades al arrendar parte del almacén a un pariente suyo a cambio de una renta irrisoria, incurriendo así en una especie de confusión sobre lo que es el interés social y el suyo propio (o el de entorno familiar).

Y, finalmente, puede verificarse la concurrencia del tercero de los elementos típicos; el perjuicio para el patrimonio administrado, o lo que es lo mismo, el patrimonio de la sociedad.

Por tanto, nos encontraríamos ante un caso de administración desleal en el que un miembro del órgano de administración de una sociedad dispone de un bien de la misma en perjuicio del patrimonio de ella. Como ya se ha indicado, el marco penal aplicable para estos delitos coincide con el previsto para el delito de estafa (artículos 249 y 250 del Código Penal). Con todo, hay tener presente que, en virtud del apartado 2º del 252 de la ley penal, si la cuantía del perjuicio patrimonial no excede de los 400 euros, la pena a imponer será una multa de uno a tres meses de duración (supuesto que difícilmente va a acaecer en el caso de análisis teniendo en consideración los precios medios de mercado para el alquiler de una nave industrial destinada a almacén).

A pesar de todo ello, resulta indudable que este tipo de conductas, como las de D. Gonzalo, se encuentran en el límite con el mero ilícito civil, siendo difusa la solución que haya de darse a la cuestión sobre la vía que ha de emplearse para perseguir este comportamiento.

Ya se han indicado ciertos ilícitos mercantiles que pueden tener lugar en el seno del órgano de administración, más concretamente, la posible infracción del deber de lealtad del art. 226 de la LSC y a la no comunicación de un eventual conflicto de intereses al que se refiere el art. 229 de la LSC. Ambos son deberes que los administradores han de respetar y, en la medida en que no lo hagan, podrá exigírseles responsabilidad por el cauce procesal establecido. Estas conductas pueden dar lugar, en el más grave de los casos³³, a responsabilidad penal tal y como podría suceder en el supuesto analizado.

4.3 CONCLUSIÓN

Las posibilidades que existen para que los acuerdos sean declarados nulos son la impugnación de los mismos en base a su adopción contraviniendo el derecho de los socios a ser informados a que se refiere el art. 196 LSC.

Los socios disconformes podrán actuar contra los administradores a través del ejercicio de la acción social, conforme a lo establecido en los arts. 238 y ss. de la LSC, alegando el daño que su actuación contraria a la ley (art. 196 LSC) ha generado para el patrimonio

³³Hay que recordar el principio de la intervención mínima del Derecho Penal en virtud del cual, solo se sustanciarán en este orden jurisdiccional aquellas conductas que, por su entidad, no puedan ser "retribuidas" en otras ramas del derecho. Así, las infracciones más leves contra el orden social (ahora en el sentido empresarial del término) deberán ser objeto del derecho mercantil, sustanciándose en el orden jurisdiccional civil, dando al derecho penal el tratamiento de subsidiario por el que se caracteriza.

de la sociedad.

No obstante, también el administrador puede incurrir en responsabilidad penal por esta conducta. Así, la obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios de información está penado por el art. 293 del CP, según el cual, *“los administradores (...) de derecho de cualquier sociedad constituida (...), que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información incurrir en delito.* Además también sería subsumible la conducta del administrador en el delito de administración desleal del art. 252 CP, según el cual serán castigados con la misma pena prevista para el delito de estafa los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno emanadas de un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

5. DERECHO DE CRÉDITO DE LOS ACREEDORES

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

5. 1 DERECHOS DE CRÉDITO: ACREEDORES “A TU MEDIDA, S.L.”

5. 1. 1. Responsabilidad limitada

El art. 1. 2 de la LSC establece que *“en la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales”.*

Lo que no impide que el acreedor pueda hacer responder con su patrimonio personal a la administradora de la sociedad en el caso de que ésta hubiese actuado negligentemente, de mala fe o cualquiera de las situaciones que ya hemos ido viendo a lo largo de este trabajo.

5. 1. 2. Acciones a tomar por parte de los acreedores

Como acreedores presentaríamos ante el Juzgado pertinente una reclamación de cantidad a través de un procedimiento monitorio. Además, como veremos más claramente en el supuesto siguiente, esto no impediría ir en contra de la administradora en el caso de no actuar de acorde a la ley o a los estatutos.

5. 2 DERECHO DE CRÉDITO: ACREEDORES “TU PIEL, S.L.”

5. 2. 1. La disolución de la sociedad “Tu piel, S.L.”

Recordemos que “Tu piel, S.L.” en la etapa final de su actividad tenía como administrador único a D. Daniel, quien junto a D^a. Teresa deciden tras unos meses con acuciantes problemas financieros de la empresa (impago de facturas a distintos proveedores y deudores), interrumpir dicha actividad sin realizar ningún trámite.

Esto nos lleva en primer lugar a preguntarnos en qué situación se encuentra “Tu piel, S.L.” Para ello deberemos acudir al art. 363. 1 de la LSC donde se establecen las causas legales de disolución:

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 período de inactividad superior a un año.

En nuestro supuesto si bien es cierto que hay un cese en la actividad de la empresa “Tu piel, S.L.”; no puede decirse lo mismo de la sociedad “A tu medida, S.L.” dedicada al mismo fin social que la anterior, que cuenta con 10 de sus empleados y con los mismos dos socios (D. Daniel y D^a. Teresa) que simplemente han decidido intercambiarse el papel de administrador único. Aun pasando por alto todo ello, tampoco podríamos plantearnos este supuesto de disolución al no pasar inactiva “Tu piel, S.L.” un período superior al año.

b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto. Tampoco se ajusta a nuestro supuesto.

c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social. No se presentó esa imposibilidad en el caso.

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento. Tampoco se ajusta a nuestro litigio.

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. Este caso si podría plantearse.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley. Que al igual que el apartado anterior también podría darse.

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. No se da en nuestra causa.

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos. Nada se indica en nuestro caso a este respecto.

De modo que, como hemos visto, “*Tu piel, S.L.*” debería de haber sido disuelta por sus pérdidas (363.1 apartados e y f de la LSC).

También resulta interesante apuntar aquí la técnica jurisprudencial del *levantamiento del velo corporativo*, que como señala la SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2015³⁴, *de restrictiva aplicación, sólo viene justificada en aquellos supuestos en los que parezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios entre personas físicas y jurídicas, con la finalidad de defraudar los intereses de terceras personas.* Y es que no cabe alegar separación de patrimonio de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica cuanto tal separación resulta un fraude que busca obtener un fin fraudulento, como eludir la responsabilidad contractual o extracontractual o aparentar insolvencia.

El abuso o fraude deberá de producirse de forma reveladora, *no ya de un simple y normal uso de la forma societaria conforme a las reglas legales que la disciplinan, sino de una*

³⁴ SAP de Barcelona (Sección 15^a), núm. 33/2015, de 12 de febrero (JUR/2015/80284)

situación de anomalía, de deformación del instituto de la persona jurídica que evidencia su utilización al servicio de intereses formal y aparentemente protegidos pero, en la realidad de las cosas, no susceptibles de serlo.

En el caso que nos atañe parece evidente que se constituyó la sociedad “*A tu medida, S.L.*” para eludir las deudas que la sociedad “*Tu piel, S.L.*” soportaba. Como ya apuntaba más arriba se trata en verdad de la misma empresa pero con diferente nombre que no hace más que corroborar que nos encontramos ante un fraude de ley.

5. 2. 2 Acciones a tomar por parte de los acreedores

En este caso los acreedores también podrían realizar una reclamación de cantidad a través de un procedimiento monitorio.

Además, también ejercitarían una acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC) puesto que los acreedores presentan en su patrimonio un menoscabo de manera directa por culpa de la conducta dolosa o negligente de los administradores.

Y es que en virtud del art. 365. 1 de la LSC los administradores, en este caso el administrador, debe convocar la junta general en el plazo de 2 meses para adoptar el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso. Cualquier socio podría solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente, cosa que tampoco se hace en este supuesto.

Puesto que, como veníamos diciendo, la junta que parece ser que no va a ser convocada, los acreedores estarían legitimados para instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil de1 domicilio social. Solicitud de disolución judicial que debería de dirigirse contra la sociedad³⁵ 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 o no se hubiera adoptado (art. 366 LSC).

Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución el administrador ya que incumplió su obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adoptase, 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 (art. 367 LSC).

En esta materia, son numerosas las sentencias que el TS ha dedicado a recalcar la obligación que tienen los administradores de realizar los actos precisos para la disolución de la sociedad en el caso de que sea preciso.

En este sentido la STS de 10 de julio de 2014³⁶ establece lo siguiente: “*(h)a quedado acredita en autos que el expediente de suspensión de pagos, con auto de insolvencia definitiva (...) quedó sobreseído sin que el administrador demandado procediera a presentar la quiebra o el concurso de la deudora a los solos efectos de tramitar la fase*

³⁵ Vid. Art. 366. 1 LSC

³⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 367/2014 de 10 de junio (RJ/2014/4526), FJ. 4ª.

de liquidación regulada en la Ley Concursal (...). Nada hizo la Junta de socios en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de la causa de disolución por pérdidas.

El análisis del art. 105. 5 de la (...) LSC, en la redacción vigente en el momento del desarrollo de los hechos, permite concluir que, para que los administradores deban responder por deudas de la sociedad es preciso que concurran los siguientes requisitos:

a) existencia de alguna de las causas de disolución previstas en el art. 104, entre ellas el apartado 1. e) “pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital a no ser que...”; b) omisión por los administradores de convocar a los socios a los socios a Junta general para adoptar los acuerdos pertinentes para renovar la causa de disolución o bien acordarla; c) el transcurso de 2 meses desde que concurra la causa de disolución sin convocar a los socios, o que constituidos en Junta general no se adoptara el acuerdo y no se solicitara en el plazo de otros dos meses la disolución ante el Juzgado; d) imputabilidad al administrador por su conducta omisiva”.

5.4 CONCLUSIÓN

“Tu piel, S.L.” debería de haber sido disuelta por sus pérdidas (363.1 apartados e y f de la LSC).

Apuntar, también, lo dirimido por la técnica jurisprudencial del *levantamiento del velo corporativo*, que como señala la SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2015³⁷, *de restrictiva aplicación, sólo viene justificada en aquellos supuestos en los que parezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios entre personas físicas y jurídicas, con la finalidad de defraudar los intereses de terceras personas. Y es que no cabe alegar separación de patrimonio de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica cuanto tal separación resulta un fraude que busca obtener un fin fraudulento, como eludir la responsabilidad contractual o extracontractual o aparentar insolvencia.*

En el caso que nos atañe parece evidente que se constituyó la sociedad *“A tu medida, S.L.”* con un fin fraudulento, eludir las deudas que la sociedad *“Tu piel, S.L.”* soportaba. Todo se hace de una manera tan burda que lo único que varía es el nombre de ambas sociedades, ya que el fin social sigue siendo el mismo, cuenta con 10 de los empleados de *“A tu piel, S.L.”* y con los mismos dos socios (D. Daniel y D^a. Teresa) que simplemente han decidido intercambiarse el papel de administrador único.

Los acreedores podrán ejercitar las correspondientes reclamaciones de cantidad a través del procedimiento monitorio y ejercitar la pertinente acción individual de responsabilidad contra los administradores en caso de que finalmente haya un menoscabo en su patrimonio por culpa de no convocar la junta general en el plazo de 2 meses para adoptar el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, hace que ésta inste el concurso (art. 365.1 LSC).

6. RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

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

³⁷ SAP de Barcelona (Sección 15^a), núm. 33/2015 de 12 de febrero (JUR/2015/80284)

dejase de estar de acuerdo con esa retribución?

6. 1 RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Doña Teresa no podría percibir una retribución de 2.000 euros mensuales en concepto de la “llevarza de la gestión política general de la empresa” por los siguientes motivos:

6. 1. 1 Retribución por un concepto distinto al de administrador: los servicios de alta dirección

En primer lugar, no se puede amparar en que percibe un salario en concepto de la “llevarza de la gestión política general de la empresa” como si se tratase de una actividad impropia de un administrador social cuando el hecho es que no es así.

Lo que pretendía D^a. Teresa al establecer para sí esta retribución, por este concepto, era justificar que cobraba por estar prestando servicios de alta dirección y no por el desarrollo de sus funciones como administradora social.

El delimitar cuándo estaríamos ante una retribución por la prestación de servicios de alta dirección³⁸ y cuándo ante una prestación por desempeñar las tareas propias de una administradora social ha sido tratado en varias ocasiones por nuestro TS.

En este sentido, resulta clarificadora la Sentencia del TS de 18 de junio de 2013 (FJ 3^o)³⁹ donde se recogen, entre otras cosas, las características que se tienen que dar para poder hablar de un contrato de alta dirección entre la sociedad (en este caso, “A tu medida, S.L.”) y el miembro del órgano de administración (D^a. Teresa).

En la sentencia se estipula que «para entender justificada y legítima la percepción por el administrador social de una retribución abonada por la sociedad pese a que el cargo sea gratuito según los estatutos, ha de resultar probada la concurrencia de lo que la citada sentencia núm. 893/2012 denomina “elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa”, que ha de ser preciso y cierto, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisadas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el citado

³⁸MOLERO MANGLANO, C.; “Consideraciones introductorias”, en MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 19-38. Molero Manglano indica en este capítulo que este tipo de prestación de servicio forman parte de una relación laboral especial, que se encuentran a medio camino entre un contrato civil y, en menor medida, laboral. Remitiéndose, en puntos muy específicos de su regulación, al Estatuto de Trabajadores, norma reguladora básica de los contratos laborales. Las fuentes normativas reguladoras de este tipo de relaciones laborales son el *Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección* (en la actualidad, dicha regulación se aplica junto con el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades y cuya Disposición Final Primera amplía el ámbito de aplicación del Real Decreto 1382/1985 a los máximos responsables y personal directivo del sector público estatal que no estén vinculados por una relación mercantil) y las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, que solo serán aplicables en los casos en que el Real Decreto 1382/1985 lo remita expresamente o así se haga constar en el contrato. En todo lo demás se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales.

³⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a), núm. 412/2013, de 18 de junio (RJ\2013\4632), FJ 3^o.

régimen de transparencia y claridad que exige la normativa societaria».

Teniendo presente lo anteriormente reseñado, podemos llegar a la conclusión de que las actividades desarrolladas por la administradora de la sociedad no están suficientemente precisadas como para determinar que estamos ante un contrato de alta dirección, de hecho, cuando hablamos de llevar acabo la *gestión política general* de la empresa, en verdad, estamos hablando, de que está desempeñando una de las *funciones típicas de la administración social*. De modo que si doña Teresa percibe esos pagos por la prestación de sus servicios de gestión para la sociedad estaría percibiendo la retribución por su carácter de administradora social, independientemente de lo que quiera hacer constar como concepto, y necesariamente deberá de estar prevista en los estatutos de la empresa en los términos fijados por el art. 217 de la LSC.

Sin embargo, en honor a la verdad, en el hipotético caso de que se hubiese concertado un contrato de alta dirección entre la sociedad y el miembro del órgano de administración; «la apreciación de ese elemento objetivo de distinción tropieza con la dificultad añadida de que “las funciones de los administradores prácticamente son omnicomprensivas – (...) el 225 del texto refundido de la LSC se refiere a la “de un ordenado empresario” y el 226 del mismo texto dispone que “los administradores desempeñarán su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos” -, o, dicho de otras forma, la norma no discrimina entre las funciones políticas o deliberativas y de decisión “societarias”, por un lado, y las de ejecución y gestión “empresariales”. (...) El cargo de administrador no tiene un carácter puramente consultivo u honorífico, sino que conlleva la obligación de realizar actividades para la sociedad consistentes fundamentalmente en el desempeño de funciones de gestión, dirección y representación de la sociedad (sentencia de la Sala 1ª del TS núm. 555/2010, de 28 de septiembre, recurso núm. 1905/2006)».

6. 1. 2 Falta de previsión en los estatutos de la retribución del administrador

El art. 217.1 de la LSC establece que “*el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración*”.

En el supuesto que nos ocupa no se hace referencia en los estatutos (ANEXO V) ni a la cantidad exacta del salario a percibir por la administradora ni se establece ningún “sistema retributivo” concreto (véase en este sentido FJ 3º de la STS de 11 de septiembre de 2015, FJ 3º de la STS de 18 de junio de 2013 y FJ 8º de la STS de 29 de mayo de 2008): ya sea mediante la estipulación de una “*asignación fija; dietas de asistencia; participación en los beneficios; retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; remuneración en acciones o vinculada a su evolución; indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador; y, los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos*” (art. 217.2 LSC)⁴⁰.

De modo que no es plausible que doña Teresa este percibiendo ningún tipo de retribución

⁴⁰El sistema de retribución del que habla este artículo deja a los “redactores de los estatutos una amplia libertad en la elección del sistema de retribución (cantidad fija a pagar al principio o al final de la relación, sueldo, dietas de asistencia, participación en ganancias, combinación de esos sistemas ...)” (STS 893/2011, de 19 de diciembre (RJ 2012, 4878).

por el desarrollo de sus funciones como administradora única de la sociedad “*A tu medida, S.L.*”.

6. 1. 3 La doctrina de los actos propios y el conocimiento y consentimiento continuado por parte del socio demandante del pago de una retribución al administrador

En este supuesto cabría plantearse si la retribución de D^a. Teresa es aceptada en cierta medida por D. Daniel.

Para ello deberemos de comenzar recordando que estamos ante una sociedad que cuenta con sólo estos dos socios, lo que “convierte en difícil de imaginar un desconocimiento por el segundo de los detalles importantes de la gestión social dirigida por la primera, entre ellos el relativo a la política de retribuciones”⁴¹.

El hecho de que D. Daniel sea concededor del salario de la administradora social y que lo consienta resultar relevante en tanto en cuanto el TS ha venido interpretando que “el previo conocimiento y consentimiento continuado del socio de la efectiva percepción de cantidades por el administrador le impide promover la reclamación a éste con el fin de que proceda a la devolución de lo cobrado, por resultar aplicable el principio que prohíbe ir contra los propios actos, incardinado en el principio general relativo al ejercicio de los derechos según las exigencias de la buena fe, como se recoge expresamente en la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS núm. 448/2008 de 29 de mayo (RJ 2008, 3184) y núm. 412/2013 de 18 de junio (RJ 2013, 4632)”⁴².

La doctrina de los actos propios se aplicaría en nuestro supuesto si se diesen las siguientes situaciones:

1. la tolerancia consciente de D. Daniel, durante varios ejercicios, de la retribución percibida por D. Teresa por su cargo de administradora (con la correspondiente aprobación de las cuentas anuales sin mostrar objeción alguna por parte de D. Daniel);
2. la tácita conformidad prolongada durante años de la misma sociedad; y
3. la legítima confianza que los anteriores precedentes generarían en la administradora, haciéndola creer que no tendría que devolver en un futuro las sumas percibidas, con otras palabra, los anteriores precedentes se consideran como un comportamiento apto para generar fundadamente en D^a. Teresa la confianza suficiente sobre la regularidad de la percepción del sueldo y que podía seguir percibiendo dicha remuneración por haber sido admitida por quien era titular de la otra mitad de las participaciones sociales.

Pero a falta de que en el supuesto que se nos da no se determinen los años/ejercicios que pasa D. Daniel permitiendo este comportamiento por parte de la administradora, entenderé que la retribuciones son percibidas antes tan siquiera de que se celebre la primera junta general, tras la constitución de la sociedad “*A tu medida, S.L.*”, donde se

⁴¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a), núm. 448/2008, de 29 de mayo (RJ\2008\3184), FJ 9^o.

⁴² STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a), núm. 471/2015, de 11 septiembre. (RJ 2015\3980)

aprueban entre otras cosas las cuentas⁴³. Este hecho puede resultar relevante dado que si D. Daniel finalmente no objeta nada en contra de la retribución de la administradora en la Junta donde se aprueban se entenderá que consiente que D^a. Teresa perciba ese salario.

Hasta que llegue ese momento, y dado que en los estatutos de la sociedad no se prevé la retribución de los administradores, ni consta acreditado cualquier otro tipo de contraprestación por la ejecución de los servicios prestados por D^a Teresa; se entenderán que son retribuciones ilegalmente percibidas por el administrador. Y es que no cabe, en este caso, que el administrador confíe en que continuará percibiendo tal retribución ya que en ese momento (anterior a la celebración de la primera Junta) no existe acuerdo o deliberación entre socios sobre esta materia que justificara esta creencia.

6. 1. 4 Límites a la cuantía de las remuneraciones de los administradores

Ahora sólo nos quedaría por analizar si un sueldo de 2.000 € por ostentar el cargo de administradora resulta excesivo. Esto resultará interesante determinarlo para llevar a cabo la reclamación de cantidad pertinente, bien porque nunca debió de percibir esa cantidad o bien porque hay que establecer cuál sería una retribución aceptable para la empresa sin suponer un menoscabo para la sociedad y reclamar la diferencia.

Por un lado, hay que tener en consideración que la Ley establece que el importe máximo de la remuneración anual de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecer vigente en tanto no se apruebe su modificación (art. 217.3 de la LSC). Salvo que la junta general apruebe la concreta distribución de unas pautas generales, que incluso, pueden quedar reflejadas en los estatutos⁴⁴.

En el supuesto que aquí se nos plantea no hay tan siquiera mención al límite máximo anual, ya que de ser así no cabría la presunción de gratuidad de la que hablábamos anteriormente.

Y por otro, el art. 217.4 de la LSC nos marcará cuál debe de ser el límite en la retribución de un administrador, dándonos para ello dos criterios generales: uno de proporcionalidad y otro teleológico⁴⁵.

Dicho artículo establece que *“la remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados*

⁴³El art. 164 de la LSC establece que tanto las sociedades anónimas como las limitadas están obligadas a celebrar una junta ordinaria a tal efecto dentro de los 6 primeros meses de cada ejercicio social.

⁴⁴ALCOZ COLL, L.: “Análisis de la retribución de los administradores tras la modificación de la LSC”, en www.lifeabogados.com, Madrid, 2015 (visitado el 13.06.2016, a las 11:29).

⁴⁵RUIZ MUÑOZ, M. “La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (La modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 860-893. ISBN 978-84-89315-79-2.

desfavorables".

Estos límites son imprecisos y muy genéricos, sin embargo, permite a los socios impugnar el correspondiente acuerdo en el supuesto de que alguno de estos límites no sea respetado o combatir remuneraciones que no guarden una debida proporción con la situación económica de la empresa. A este respecto, decir que si una sociedad progresivamente va entrando en pérdidas, tendrá que atender al criterio de la razonabilidad con la situación económica de la sociedad para, en su caso, evaluar si la retribución establecida en su día, debe verse ajustada por la situación financiera de la empresa.

En este sentido, la STS de 10 de febrero de 2012 habla de las denominadas "remuneraciones tóxicas": "Evitar que, mediante fórmulas excesivamente flexibles se potencie el fraude a la sociedad y se dificulte el control de la regularidad de las retribuciones ya que, aunque en nuestro sistema no se exige razonabilidad ni proporcionalidad, las retribuciones pudieran ser contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la moral -la sentencia 165/2004, de 5 de marzo (RJ 2004, 1807), en relación con las llamadas "remuneraciones tóxicas", declara que el juzgador puede y debe revisar los acuerdos societarios "si el proceso ofrece demostración suficientemente razonable de que el organismo social se ha extralimitado... o ha causado lesión a la entidad en beneficio de algún socio"; la 1049/2006 de 24 octubre (RJ 2006, 6710) que " los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura" ; y la 377/2007, de 29 de marzo (RJ 2007, 1788) , que "esta Sala ha tomado en consideración, para determinar la ilicitud de la retribución fijada en favor de los administradores sociales, además de su importe, la situación económica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuidos y las funciones a desempeñar, así como la finalidad o propósito perseguido, y la posibilidad o no de ser el impugnante administrador social".⁴⁶

6. 2 LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

En el caso de que D. Daniel no estuviese de acuerdo con la retribución de D^a Teresa, a razón de su cargo como administradora única de la empresa "A tu medida, S.L.", podría ejercitar o bien la acción social de responsabilidad o la acción individual de responsabilidad; siempre que no hayan transcurrido 4 años desde el día en que pudieran haberse ejercitado (art. 241 bis LSC), de ser así la acción habría prescrito.

Veamos, a continuación, como podrían argumentarse dichas acciones y si es posible ejercitarlas.

6. 2. 1 La acción social de responsabilidad por infracción del deber de lealtad

D. Daniel podrá ejercitar la acción social de responsabilidad fundamentada en la infracción del deber de lealtad (*tempus regit actum*) para obtener la restitución de las cantidades que considera indebidamente percibidas por la administradora.

De acuerdo con el art. 227 de la LSC "los administradores deberán desempeñar el cargo

⁴⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección1ª), núm. 25/2012, de 10 febrero (RJ 2012\5279)

con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”.

Este deber de lealtad consiste, según RIBAS FERRER, en la obligación de todo gestor de actuar en interés del principal en caso de conflicto de intereses, subordinando los propios intereses en favor de los intereses del principal, salvo que, previo *disclosure* del gestor (deber de información y transparencia), el principal autorice su actuación interesada⁴⁷.

La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (art. 227.2 de la LSC).

En cuanto a la acción social de responsabilidad propiamente dicha decir que “se formula en beneficio de la sociedad y tiene por objeto restablecer el patrimonio de la sociedad, fundándose en la ejecución por el administrador o administradores de una conducta, positiva u omisiva, en el ejercicio de su cargo que comporte una lesión para el patrimonio *social* y tenga carácter antijurídico, por ser contraria a la ley o a los estatutos o consistir en el incumplimiento de los deberes impuestos legalmente a los administradores (STS de 23 de enero de 2009)”.

En este caso el hecho de que D^a. Teresa se atribuyese una retribución de 2.000 € por el ejercicio de sus funciones como administradora⁴⁸ supone claramente un perjuicio para el patrimonio social de la empresa “*A tu medida, S.L.*”, ya que no olvidemos que se trata de una sociedad recién constituida y que como sabemos se formó para realizar la misma actividad que tanto D^a Teresa como D. Daniel venían desarrollando ambos en a “*Tu piel, S.L.*”, empresa esta que ya presentaba un gran cumulo de deudas; de modo que podemos afirmar sin lugar a duda que D^a Teresa está contraviniendo su deber de lealtad por los motivos que anteriormente se han expuesto. Además, esta acción también resulta contraria a los estatutos y a la ley dado a que como presuponemos y así hacemos constar en los estatutos del ANEXO V de este trabajo no figuraba ni el salario ni el sistema de retribución para la administradora de la sociedad por lo que prima lo estipulado por el art 217. 1 LSC y se considera que este cargo es gratuito así que no podría percibir la retribución⁴⁹.

⁴⁷ RIBAS FERRER, V.: “Configuración sistemática y contenido del deber de lealtad”, en RIBAS FERRER, V.; *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Wolters Kluwer, Madrid. 2010, pp. 218-233.

⁴⁸ Recordemos que partimos de la base de que una retribución en concepto de la “llevanza de la gestión política general de la empresa” es lo mismo que decir que las percibimos en concepto de administrador social, al tratarse de una de las funciones desarrolladas en ese cargo.

⁴⁹ Ha este respecto CAMPUZANO LAGUILLO ha indicado que la acción social de responsabilidad por daños contra los administradores de las sociedades de capital exige la concurrencia de los requisitos tradicionales de la responsabilidad civil.

En primer lugar, que los administradores de la sociedad hayan actuado contra la ley o los estatutos sociales o hayan actuado sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. Para facilitar la prueba de este extremo, se presume la culpabilidad, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales (art. 236 LSC). Se requiere, en consecuencia, un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores (sin que a ello se considere obstáculo, como ha indicado la jurisprudencia, que en la redacción anterior a la Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia, el texto de la norma se refiriese exclusivamente a «acción»). Que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal. Y que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal (*Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2012*). Los actos u omisiones constitutivos de esta acción son los contrarios a la ley y los estatutos o realizados sin la

No obstante, estos mismos socios pueden ejercitarla directamente, sin necesidad de someterla a la previa aprobación de la junta general (art. 239.1 LSC). Además, la legitimación también corresponde también a los acreedores sociales cuando la acción no se ejercite por la sociedad o los socios y el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 240 LSC) Y, por último, en el caso concreto de las sociedades que estén en concurso de acreedores, la legitimación se atribuye por igual a

diligencia con la que los administradores deben desempeñar el cargo. Así, es necesario que el administrador haya infringido los deberes en el desempeño del cargo (diligencia, lealtad, secreto). No es, por el contrario, admisible imputar al administrador los efectos adversos de las decisiones empresariales, ni los incumplimientos de contratos por parte de la sociedad.

En segundo lugar, que el acto de los administradores haya causado una lesión al demandante. Un daño directo a la sociedad, aunque derive un daño indirecto para los socios o para los acreedores (presupuesto de la acción social de responsabilidad) y no un daño directamente lesivo para los intereses de socios o acreedores (presupuesto de la acción individual de responsabilidad). Así, si la actuación del administrador ha causado un daño al patrimonio social, procede el ejercicio de la acción social *de responsabilidad*. Si el daño se ha causado al patrimonio individual de un socio o de un tercero, procede el ejercicio de la acción *individual*. La distinción entre acción social y acción individual de responsabilidad se establece expresamente en el artículo 241 de la LSC, que al referirse a la acción individual de responsabilidad establece que la responsabilidad directa de los administradores frente a socios y terceros sólo será exigible cuando se trate de «*actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos*». El objeto de la acción social es restablecer el patrimonio de la sociedad, mientras que el de la acción individual es reparar el perjuicio en el patrimonio de los socios o terceros (*Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 y de 4 de noviembre de 1991*). Es necesario, por tanto, en la acción social de responsabilidad, la producción de un daño directo en el patrimonio social. Lo que caracteriza a la acción social es que el daño se produce a la sociedad, que es a su vez lo que sirve para distinguirla de la acción individual, en la cual ese daño se produce al individuo, al interés personal, daños primarios o directos. La acción de responsabilidad individual requiere una lesión directa en el patrimonio del perjudicado, por más que pueda resultar difícil, en ocasiones, el deslinde entre perjuicio directo al patrimonio social --para cuya corrección se establece la acción social de responsabilidad-- y el que indirectamente se origina a los terceros (*Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004*). El éxito de la acción social de responsabilidad exige, en consecuencia, que los actos antijurídicos de los administradores hayan causado un daño a la sociedad, ya que precisamente la finalidad de dicha acción es reintegrar el patrimonio de ésta. A la necesidad del daño y de la consiguiente relación causal se han referido, entre otras, las sentencias 1290/2002, de 31 de diciembre; 322/2003, de 4 de abril; 968/2006, de 5 de octubre; 1076/2007, de 8 de octubre, y 472/2010, de 20 de julio (*Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2012*).

En tercer lugar, que exista una relación de causalidad --el nexo causal-- entre el acto realizado por los administradores o su omisión y el daño causado. La lesión debe derivar de la conducta del administrador y no de otras circunstancias. Para la declaración de responsabilidad de los administradores es preciso que se acredite la relación de causalidad entre el daño y el comportamiento antijurídico, el incumplimiento de los deberes u obligaciones del cargo de administrador. Debe valorarse en cada supuesto si la conducta o comportamiento tiene virtualidad --es adecuada-- para que de ésta se derive el daño. La relación causal se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de las reglas de la *conditio sine qua non* --conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado-- y de la equivalencia de condiciones --según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también--. Solamente afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, y ya en una segunda fase, habrá que identificar la causalidad jurídica, permitiendo la entrada en juego de criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño y de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto. En esta segunda etapa de causalidad jurídica se trata de construir la causalidad según una visión jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción tiñe de antijuridicidad el comportamiento considerado fuente de responsabilidad.

los administradores concursales (art. 48.2 LSC). Pero incluso en estos casos, cuando la acción sea ejercitada subsidiariamente por los socios, los acreedores o los administradores concursales, debe tenerse presente que no reclaman para sí, sino que actúan en interés y defensa de la sociedad, con el fin de lograr la reintegración del patrimonio de ésta^{50 51}.

6. 2. 2 ¿Cabría ejercitar la acción individual de responsabilidad?

En el supuesto que nos ocupa no cabría plantearse ejercitar una acción individual de responsabilidad puesto que D. Daniel no ha visto directamente lesionado su patrimonio por los actos de la administradora (véase art. 241 de la LSC⁵²).

El hecho de que probablemente D^a Teresa se esté lucrando de una retribución que puede llegar a ser considerada como ilícita no supone un menoscabo directo en el patrimonio de D. Daniel, si no para la sociedad. Es obvio que el hecho de que D^a Teresa perciba ese dinero va a suponer un quebranto en el patrimonio de la sociedad y que éste a su vez ocasionará que disminuya el valor de las participaciones e incluso que no se repartan o que se haga pero en menor medida los beneficios obtenidos por la sociedad, generando con ello un menoscabo en el patrimonio de D. Daniel.

Esta línea argumental se sostiene en lo estipulado por nuestro TS. Veamos en este sentido lo señalado por la STS de 20 de junio de 2013, en su FJ 8^o⁵³, donde para comenzar se nos remite a la sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo núm. 312/2010 de 1 junio (RJ 2010, 2663), recurso núm. 2173/200:

«El daño causado directamente a la sociedad puede, de modo reflejo, provocar también daños a los socios y los acreedores. La disminución del patrimonio social provoca la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede provocar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida. En tal caso, la conducta ilícita del administrador provoca un daño indirecto al socio. (...) Por eso los (...) actuales arts. 239 y 240 del Texto Refundido de la LSC otorgan legitimación subsidiaria a la minoría de socios (al menos 5% del capital social) y, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, a los acreedores, para el caso de que la acción no sea ejercitada por la sociedad, aunque ha de ser ejercitada en interés de esta, esto es, para reintegrar el patrimonio social.

La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios (...) se hace a través de la denominada acción individual, que está regulada (...) actualmente, art. 241 del Texto Refundido de la LSC. El texto del precepto explicita claramente el requisito del carácter directo de la lesión resarcible mediante el ejercicio de dicha acción, al disponer: "quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los

⁵⁰ IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: "Los órganos sociales de las sociedades de capital", en MENÉNDEZ, A.; ROJO, A. (dir.) y APARICIA, M.L. (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil, Vol. I, Op. cit.*, pp. 469 y ss.

⁵¹ GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: "Órganos (II). Los administradores. Estatuto jurídico común", en EMBID IRUJO, J.M. (dir.), FERRANDO VILLALBA, M. DE L. y MARTÍ MOYA, V. (coords.), *Introducción al Derecho de Sociedades de Capital: Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria, Op. cit.*, pp. 231-253.

⁵² En el art. 241 se estipula que "quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos".

⁵³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a), núm. 396/2013, de 20 junio (RJ 2013\5187)

intereses de aquéllos".

Por esa razón, doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. Para que pueda aplicarse (...) se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros».

También, la sentencia de 20 de junio de 2013, nos remite a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 166/1993, de 26 de febrero, recurso núm. 1962/1990:

«Establecido por la sentencia impugnada que, según se desprende de la propia demanda lo presuntamente vulnerado por el administrador es el contenido del balance con la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad "Tecno Secur, S.A."... "de la que los actores ostentaban un 49% del capital social", la verificación de estas afirmaciones no sólo a través del contenido del Hecho Sexto del escrito de demanda en el que, expresamente se acusa la manipulación por el administrador demandado del "balance final de la contabilidad de la empresa", sino también de la afirmación en el desarrollo del propio motivo, de que "la actuación maliciosa y con abuso de facultades realizada por el administrador produjo como consecuencia que los beneficios de la sociedad repercutiera...", determina que haya de concluirse necesariamente que la acción para exigir la responsabilidad que se denuncia, respecto del administrador causante de un daño patrimonial social, corresponde, por muy evidente que resulte la relación conducta abusiva-perjuicio para los accionistas, la atribuida, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas, en primer término a la sociedad, que es la directamente dañada por la conducta del administrador aunque el daño afecte también, como en el caso presente, al patrimonio de los socios (los demandantes) en cuanto partícipes del patrimonio social, y a los cuales, por otra parte, el propio artículo 80 de la Ley atribuyen la titularidad de la misma acción social para el supuesto de que la Junta General no la acordase, siendo procedente ó se manifestase contraria a su ejercicio o no la ejercitase. Y ello sin otros límites que el temporal que señala el párrafo 3º in fine del repetido artículo 80 y el cuantitativo que en el mismo artículo se establecen de representar, los accionistas que actúen la acción social, al menos la décima parte del capital, porcentaje que en la situación presente se da sobradamente. De modo que la previsión legal de esta acción defectiva de los accionistas dañados a los que, por otra parte, la propia Ley habilita medios de conseguir la convocatoria de la inexcusable Junta General en el supuesto de negativa de los llamados a ello, es recurso legal suficiente, ofrecido como protección a los minoritarios frente a una eventual hostilidad de la mayoría manejada -como aquí podría suceder- por el propio administrador denunciado, en el que concurre la condición de accionista mayoritario».

La posterior sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 388/2001, de 19 abril (RJ 2001, 6885), recurso núm. 3931/1997 declara:

“En el proceso se ha ejercitado la acción individual de responsabilidad del art. 135 del Real Decreto Legislativo 156/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que ha conservado en su integridad el art. 81 de la Ley de 17 de julio de 1951 y mantenida por la Ley 19/1989, de 25 de julio (RCL

1989, 1660). El precepto en cuestión aparece tomado casi a la letra del art. 2393 del Código Civil (LEG 1889, 27) italiano de 1942 y de su texto se desprende con toda claridad que hace referencia a la acción individual que tiende, no a la indemnización de los daños indirectamente causados al socio o al acreedor a través del patrimonio de la sociedad (daños secundarios), sino a repararle e indemnizarle de los daños directamente sufridos por el demandante en su patrimonio (daños primarios). Ello quiere decir que tanto socios como terceros pueden ejercitar, reclamando individualmente la indemnización del daño sufrido directamente en su patrimonio. Se trata de reclamar a los Administradores no el daño al patrimonio social, sino a indemnizar a socios o terceros del daño sufrido en su patrimonio (sentencia de 21 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2406). Se trata de una acción directa, por los actos de los Administradores realizados con lesión a terceros.

(...)

Como resumen de lo expuesto, cuando la actuación ilícita del administrador social ha perjudicado directamente a la sociedad, produciendo un quebranto en su patrimonio social o incluso su desaparición de hecho, la acción que puede ejercitarse es la acción social del art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, dirigida a la reconstitución del patrimonio social, en los términos previstos en tal precepto legal en cuanto a legitimación activa, esto es, legitimación directa de la sociedad y subsidiaria, cumpliéndose ciertos requisitos, de la minoría social o de los acreedores. Que de los daños producidos directamente a la sociedad se deriven, lógicamente, perjuicios indirectos para los socios, que ven frustradas sus expectativas legítimas a obtener una participación en los beneficios sociales, a obtener la cuota liquidativa que les correspondería en la liquidación social, y que pueden llegar a perder lo aportado como participación en el capital social, no otorga a tales socios legitimación para ejercitar la acción individual del art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y lograr de este modo una indemnización directa. La pretensión del demandante al exigir directamente a los administradores la parte proporcional que le correspondería en la reintegración del patrimonio social lesionado por la actuación de los administradores es contraria al sistema legal de responsabilidad de los administradores sociales”.

6.3 CONCLUSIÓN

D. Teresa no podría percibir un salario de 2.000 € por llevar acabo la gestión política general de la empresa ya que ésta no deja de ser una de las funciones típicas de la administración social, de modo cabe percibir esa retribución por un hecho distinto al de administrador. En virtud del art. 217. 1 LSC, el desempeño de ese cargo se entiende que será de manera gratuita siempre que en los estatutos no se establezca lo contrario determinando el sistema de remuneración, cosa que no sucede en este supuesto, ni tan siquiera establece un límite máximo en la cuantía de la retribución de los administradores ya que de ser así se acabaría con la presunción de que estamos ante un cargo gratuito.

Ahora bien, en cuanto a la doctrina de los actos propios (que podría ser la única que le serviría de base a D^a Teresa para defender la licitud de su retribución) y puesto a que en el supuesto no se nos dan datos suficientes, me limitaré a defender la idea de que puesto a que las retribuciones son percibidas antes de la celebración de la primera Junta General de “A tu medida, S.L” las retribuciones que percibe hasta ese momento D^a Teresa son ilícitas.

D. Daniel podrá por ello ejercitar la acción social de responsabilidad ya que el hecho de que D^a. Teresa se atribuyese una retribución de 2.000 € por el ejercicio de sus funciones como administradora supone claramente un perjuicio para el patrimonio social de la empresa “*A tu medida, S.L.*”, sociedad recién constituida que como sabemos se formó para realizar la misma actividad que tanto D^a Teresa como D. Daniel venían desarrollando en a “*Tu piel, S.L.*”, empresa que ya soportaba importantes deudas; de modo que podemos afirmar sin lugar a duda que D^a Teresa está contraviniendo su deber de lealtad al hacer soportar a la sociedad unos gastos del todo excesivos. Además, esta acción también resulta contraria a los estatutos y a la ley dado a que como presuponemos y así hacemos constar en los estatutos del ANEXO II de este trabajo no figuraba ni el salario ni el sistema de retribución para la administradora de la sociedad por lo que prima lo estipulado por el art 217. 1 LSC y se considera que este cargo es gratuito así que no podría percibir la retribución.

BIBLIOGRAFIA

AAVV (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; Coord.); *Manuales Derecho Penal Parte Especial, 4ª Edición actualizada a la LO 1/2015*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015

AAVV (VÁZQUEZ GARCÍA, R. J.; Coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Dykinson, Madrid, 1998

RIBAS FERRER, V.; *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

DÍAZ FUENTES, A.; *El deslinde*, Bosch, Barcelona, 2009

EMBID IRUJO, J.M. (Dir.), FERRANDO VILLALBA, M. DE L. y MARTÍ MOYA, V. (Coords.), *Introducción al Derecho de Sociedades de Capital: Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, Marcial Pons, Madrid, 2013

HUERTA TOCILDO, S.; *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980

LASARTE, C.; *Principios de Derecho Civil IV. Propiedad y derechos reales de goce*. Madrid: Marcial Pons, 2002

MARTOS NUÑEZ, J. A.; *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Civitas, Madrid, 1990

MENÉNDEZ, A., ROJO, A (Dir.) y APARICIO, M.L (Coord.); *Lecciones de Derecho Mercantil, vol. I*, Civitas., Pamplona (Navarra), 2015

MENÉNDEZ, A., ROJO, A (Dir.) y APARICIO, M.L (Coord.); *Lecciones de Derecho Mercantil, vol. I*, Civitas, Pamplona (Navarra), 2013

MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*, Civitas, Madrid, 2004

MORENO-TORRES HERRERA, M.L.; *La usucapión*, Marcial Pons, Madrid, 2012

QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.; *Comentarios al Código Penal, Tomo II*. 5ª edición, Pamplona: Aranzadi, 2008

VÁZQUEZ GARCÍA, R. J. (Coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Dykinson, Madrid, 1998

NORMATIVA

Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo (derogada)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. RCL 1995\3170 (versión anterior a la reforma 2010 y posterior)

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado

Resolución de la DGRN, de 4 de abril de 2013

Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2015 (TOL 4.769.850)

Ley 12/2001, de 9 de julio, para adaptación del Derecho español a la Directiva 98/50/CEE, de 29 de junio

JURISPRUDENCIA

SAP de Barcelona, núm. 33/2015, de 12 de febrero (JUR/2015/80284)

SAP de Ourense, núm. 148/2016, de 13 abril (JUR 2016\119509), FJ 3º

STJCE (Sala 3ª) Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España. Sentencia de 12 noviembre 2009. TJCE 2009\345

STS núm. 285/2015, de 22 de mayo (RJ 2015/2259)

STS núm. 242/2015, de 13 de mayo (RJ 2015/2247)

STS núm. 367/2014 de 10 de junio (RJ/2014/4526), FJ. 4ª

STS, núm. 206/2014, de 3 marzo (RJ 2014\2104)

STS núm. 436/2013, de 3 de julio (RJ 2013\4989), FJ 5º

STS núm. 396/2013 de 20 junio (RJ 2013\5187)

STS núm. 412/2013, de 18 de junio (RJ\2013\4632), FJ 3º.

STS núm. 396/2013, de 20 junio (RJ 2013\5187) FJ 8º

STS núm. 107/2012, de 12 de marzo (RJ 2012/4526)

STS núm. 25/2012, de 10 febrero (RJ 2012\5279)

STS núm. 893/2011, de 19 de diciembre (RJ 2012, 4878)

STS núm. 471/2015, de 11 septiembre (RJ 2015\3980)

STS núm. 448/2008, de 29 de mayo (RJ\2008\3184), FJ 9º

STS, núm. 900/2006, de 22 de septiembre (RJ 2007\1677)

STS núm. 388/2001, de 19 abril (RJ 2001, 6885), recurso núm. 3931/1997

STS núm. 166/1993, de 26 de febrero, recurso núm. 1962/1990

ANEXOS

CASO Nº 1: LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL DEDICADA A LA PELETERÍA



- I. SUPUESTO DE HECHO**
- II. ESTATUTOS “TU PIEL, S.L.”**
- III. CONVOCATORIA JUNTA GENERAL ORDINARIA DE “TU PIEL, S.L.”**
- IV. ACTA DE LA JUNTA GENERAL ORDINARIA DE “TU PIEL, S.L.”**
- V. ESTATUTOS “A TU MEDIDA, S.L.”**

SUPUESTO DE HECHO: LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL DEDICADA A LA PELETERÍA

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

- Daniel López e Inmaculada Fernández aportaron, cada uno, 10.000 euros en efectivo.
- Adrián Gómez aportó a la sociedad un crédito a su favor documentado en un pagaré del cual era tenedor, en el que se señalaba como fecha de vencimiento el día 19 de diciembre de 2006, siendo el importe establecido en el mismo de 10.000 euros. En el pagaré figuraba como emisora la entidad “*Construcciones Manolo, S.L.*”.
- Alejandro Hernández aportó en el acto de otorgamiento de la escritura de constitución una finca de su propiedad de 1.000 m² de superficie valorada en 10.000 euros, en la cual había realizado la construcción de una nave en octubre de 1995, que los socios pretendían emplear como almacén.
- Teresa Medina aportó a la sociedad un pequeño negocio de arreglos textiles valorado en 10.000 euros, del cual era titular desde agosto del 2004. Dicha titularidad había sido adquirida como consecuencia de una compraventa efectuada a D^a Soledad García, planteándose tras la misma diferentes controversias entre las partes.

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

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

Finalmente, la sociedad “*Tu Piel, S.L.*” es inscrita en el Registro Mercantil el 9 de agosto de 2006, estableciendo los estatutos que el órgano de administración se estructura como

Consejo de Administración, y el mismo se encuentra integrado por 3 miembros: Don Gonzalo de Ulloa, que ostenta el cargo de Presidente, Don Daniel López y D^a Teresa Medina. Entre las facultades atribuidas por los estatutos a este órgano, se encuentran las de convocatoria de Junta General, y la dirección, administración y representación social.

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

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

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

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

ANEXO II: ESTATUTOS "TU PIEL, S.L."

ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD "TU PIEL, S.L."

TÍTULO I

Denominación, objeto, duración y domicilio

Artículo 1.- Esta sociedad se denominará "Tu piel, S.L."

Artículo 2.- La sociedad tiene por objeto la fabricación y comercialización de artículos de piel y marroquinería.

Las actividades enumeradas podrán ser realizadas, ya directamente, ya indirectamente, incluso mediante su participación en otras sociedades de objeto idéntico o análogo.

Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad.

Específicamente, quedan excluidos los supuestos sometidos a la legislación de Inversión Colectiva y del Mercado de Valores.

Si las disposiciones legales exigiesen para el ejercicio de alguna de las actividades comprendidas en el objeto social autorización administrativa, inscripción en Registros Públicos, o algún título profesional fuera de los previstos en la Ley de Sociedades Profesionales, dichas actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente dicha titularidad profesional y, en su caso, no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigidos.

Artículo 3.- La duración de la sociedad será indefinida y dará comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura funcional.

Artículo 4.- El domicilio de la sociedad se fija en Polígono de Pocomaco, Parcela A-XX, 15190, A Coruña

TÍTULO II

Capital social y participaciones

Artículo 5.- El capital social es de 50.000 euros, dividido en 5.000 participaciones sociales, numeradas correlativamente a partir de la unidad, de 10 euros de valor nominal cada una, acumulables e indivisibles.

Artículo 6.- Las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones.

Las participaciones sociales no se representan en ningún caso por títulos especiales, nominativos o al portador, ni se expedirán tampoco resguardos provisionales acreditativos de una o varias participaciones sociales. El único título de propiedad está constituido por la escritura fundacional y, en los demás casos de modificación del capital social, por los demás documentos públicos que pudieran otorgarse. En caso de adquisición por transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, por el documento público correspondiente.

Las certificaciones del libro registro de socios en ningún caso sustituirán al título público de adquisición.

Artículo 7.- La transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos *inter vivos*, tanto a título oneroso como gratuito, se regirá por las siguientes reglas:

1. Será libre la transmisión voluntaria por actos *inter vivos*, tanto a título oneroso como gratuito, entre socios, así como la realizada a favor del cónyuge, ascendientes o descendientes del socio. Las sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente serán consideradas como extraños y tendrá lugar el derecho de adquisición preferente.

2. Cuando el socio que proponga transmitir su participación o participaciones sociales o parte de ellas a personas extrañas a la sociedad, o sea, a quienes no ostenten la condición de socio, se sujetarán a lo siguiente:

a) Deberá comunicarlo por conducto notarial a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende

transmitir, la identidad del adquirente y el precio o contraprestación y demás condiciones de la transmisión.

b) La transmisión quedará sometida al consentimiento de la sociedad, que se expresará mediante acuerdo de la Junta General, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria establecida en los estatutos.

c) La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. No será necesaria ninguna comunicación al transmitente si concurrió a la junta general donde se adoptaron dichos acuerdos. Los socios concurrentes a la junta general tendrán preferencia para la adquisición. Si son varios los socios concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social.

d) El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las comunicadas a la sociedad por el socio transmitente. En caso de que existiese aplazamiento de pago, será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado.

e) Cuando el precio notificado se considerara excesivo por acuerdo ordinario de la Junta General, o cuando se tratara de transmisión gratuita u onerosa por título distinto de compraventa, el precio de adquisición será fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, será el valor razonable de las participaciones, entendiéndose por tal el que determine el auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, que, a solicitud de cualquier interesado, nombren a tal efecto los administradores de la sociedad.

Si el valor razonable así fijado no fuere aceptado por quien pretenda la transmisión, podrá desistir de ella, y será de su cargo la retribución del auditor. En los demás casos, dicha retribución será de cuenta de la sociedad.

f) El documento público de transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad del adquirente o adquirentes.

g) El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiere puesto en conocimiento de la ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiere comunicado la identidad del adquirente o adquirentes de todas las participaciones, siempre que otorgue el documento público en el plazo de dos meses desde la terminación del último plazo indicado.

h) Los trámites determinados precedentemente no serán necesarios cuando la Junta General de la entidad, celebrada con carácter universal, apruebe por unanimidad la transmisión pretendida por un socio.

Artículo 8.- En el caso de embargo de participaciones, los socios podrán subrogarse en el lugar del rematante, o en su caso, del acreedor.

Artículo 9.- Las transmisiones de participaciones que no se ajusten a lo previsto anteriormente no producirán efecto alguno.

Artículo 10.- La transmisión de participaciones se formalizará en documento público y deberá ser comunicada por escrito a los administradores. El adquirente de las participaciones podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión.

Artículo 11.- La sociedad llevará un libro registro de socios, en el que hará constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones de las participaciones, así como la constitución de derechos reales sobre las mismas. En cada anotación se indicará la identidad y domicilio del titular de la participación o del derecho real constituido sobre aquella.

Artículo 12.- En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones.

Artículo 13.- En caso de usufructo de participaciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. El ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario. En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, lo previsto en la

legislación aplicable.

Artículo 14.- En caso de prenda de participaciones corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio.

TÍTULO III Órganos de la sociedad

Artículo 15.- Los órganos de la sociedad son:

- a) La Junta General.
- b) El Consejo de Administración, integrado por Don Gonzalo de Ulloa (Presidente); Don Daniel López y D^a Teresa Medina.

Artículo 16.- Acuerdos de la Junta General

1. Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta.

Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general.

Es competencia de la Junta General deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

- a) La censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado.
- b) El nombramiento y separación de los administradores, liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- c) La autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social.
- d) La modificación de los estatutos sociales.
- e) El aumento del capital social y su reducción.
- f) La transformación de la sociedad y su fusión y escisión.
- g) La disolución de la sociedad.
- h) Cualquiera otros asuntos que determinen la ley o estos estatutos.

Artículo 17.- Cada participación da derecho a un voto.

Los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco.

Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior:

- a) El aumento o reducción del capital social, la disolución por acuerdo de la Junta General y cualquier modificación de los estatutos para la que no se exija mayoría cualificada, requerirá el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se haya dividido el capital social.
- b) La transformación, fusión o escisión de la sociedad, la supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital, la exclusión de socios y la autorización para que los administradores puedan dedicarse al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, requerirá el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Todo ello sin perjuicio de los supuestos en que la Ley exija el consentimiento de todos los socios.

Artículo 18.- Convocatoria de la Junta General

1. La junta general será convocada por el órgano de administración.
2. El órgano de administración deberán convocar necesariamente la Junta, cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud.
3. La convocatoria se realizará mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad expresando la fecha y hora de la reunión y el orden del día.
4. Entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, quince días.
5. El órgano de administración convocará la Junta General, para su celebración,

dentro de los primeros seis meses de cada ejercicio, con el fin de censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas anuales del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.

Artículo 19.- La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión y el orden del día de la misma.

Artículo 20.- Presidencia y Acta de la Junta General.

1. Corresponde a la presidencia del Consejo de Administración presidir las Juntas así como la facultad de certificar y de formalizar en instrumento público los acuerdos.

2. Corresponderá a la presidencia dirigir las sesiones, conceder la palabra a los socios y organizar los debates, así como comprobar la realidad de la adopción de los acuerdos.

3. Las actas de la Juntas serán aprobadas por ella al final de la reunión o, en su defecto, por el presidente de la Junta y dos socios interventores en el plazo de quince días.

Artículo 21.- Todo socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta General por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado y deberá conferirse por escrito. Si no fuera en documento público deberá conferirse para cada Junta de modo especial.

Artículo 22.-.

1. Al Consejo de Administración le corresponde el poder de representación de la sociedad.

2. La representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social, teniendo facultades lo más ampliamente entendidas, para contratar y realizar toda clase de actos y negocios de administración.

3. Además de ello el Consejo de Administración también le corresponden las facultades de convocar la Junta General, y la dirección y administración social.

4. A modo simplemente enunciativo, y sin que ello limite las atribuciones del Consejo de Administración, al Presidente del mismo le corresponden estas facultades:

a) Dirigir, administrar y disponer en los negocios de la sociedad y en los contratos que ella pueda suscribir con terceros (arrendamientos, suministros, etc.).

b) Presidir las Juntas Generales.

c) Administrar los bienes de la sociedad y sus derechos.

TÍTULO IV Ejercicio social

Artículo 23.- El ejercicio social termina el treinta y uno de diciembre de cada año. La administración formulará en el plazo máximo de tres meses, desde el cierre del ejercicio, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado.

Artículo 26.- La distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social.

Artículo 27.- De los beneficios obtenidos, una vez cubierta la parte correspondiente a la reserva legal, se podrá detraer para fondo de reserva el porcentaje que determine la Junta General.

TÍTULO V Disolución y liquidación

Artículo 24.- La sociedad se disolverá por las causas legales.

Artículo 25.- La cuota de liquidación que corresponde a cada socio será proporcional a su participación en el capital social.

DISPOSICIÓN FINAL

Las discrepancias que puedan surgir entre los socios sobre la interpretación de estos estatutos podrán ser resueltas por arbitraje de equidad en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

ANEXO III: CONVOCATORIA JUNTA GENERAL ORDINARIA DE LA SOCIEDAD "TU PIEL, S.L."

"TU PIEL, S.L"

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL ORDINARIA

Por acuerdo del Consejo de Administración de la compañía **TU PIEL, S.L.**, se convoca a todos los socios de la sociedad a la Junta General Ordinaria de Socios, que se celebrará en el domicilio social de la Compañía, sito en el Polígono de Pocomaco, Parcela A-XX, 15190, A Coruña, el día **15 de junio de 2015, a las 10:30**, para deliberar y resolver sobre los asuntos comprendidos en el siguiente

ORDEN DEL DÍA

PRIMERO.- Examen y aprobación de las Cuentas Anuales (el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, el estado que refleja los cambios en el patrimonio neto del ejercicio y la Memoria), correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2014.

SEGUNDO.- Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado.

TERCERO.- Aprobación, en su caso, de la gestión realizada por el Órgano de Administración de la compañía.

CUARTO.- Aprobación, en su caso, de la retribución correspondiente al Órgano de Administración de la compañía.

QUINTO.- Delegación de funciones y otorgamiento de facultades.

SEXTO.- Confección, lectura y aprobación, en su caso, del Acta de la Junta.

En A Coruña, a 28 de mayo de 2015.



Fdo.: D. Gonzalo de Ulloa

Presidente del Consejo de Administración de "Tu piel, S.L."

De acuerdo con lo establecido en el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital, a partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital, los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social. No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.

ANEXO IV: ACTA JUNTA GENERAL ORDINARIA DE LA SOCIEDAD "TU PIEL, S.L."

ACTA DE JUNTA GENERAL - TU PIEL, S.L.

APROBACION DE CUENTAS ANUALES

En A Coruña, a las 10:30 horas del día 15 de junio de 2015, en el domicilio social de la sociedad "TU PIEL, S.L.", sito en señalado municipio, Polígono de Pocomaco, Parcela A-XX, 15190, se celebra Junta General de Socios de acuerdo con la convocatoria publicada en el Boletín Oficial de Registro Mercantil número 22.222 de fecha 28 de junio de 2015 y en el diario "La Voz de Galicia" de la misma fecha, la cual se transcribe a continuación:

"Por acuerdo del Consejo de Administración de la compañía **TU PIEL, S.L.**, se convoca a todos los socios de la sociedad a la Junta General Ordinaria de Socios, que se celebrará en el domicilio social de la Compañía, sito en el Polígono de Pocomaco, Parcela A-XX, 15190, A Coruña, el día **15 de junio de 2015, a las 10:30**, para deliberar y resolver sobre los asuntos comprendidos en el siguiente

ORDEN DEL DÍA

PRIMERO.- Examen y aprobación de las Cuentas Anuales (el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, el estado que refleja los cambios en el patrimonio neto del ejercicio y la Memoria), correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2014.

SEGUNDO.- Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado.

TERCERO.- Aprobación, en su caso, de la gestión realizada por el Órgano de Administración de la compañía.

CUARTO.- Aprobación, en su caso, de la retribución correspondiente al Órgano de Administración de la compañía.

QUINTO.- Delegación de funciones y otorgamiento de facultades.

SEXTO.- Confección, lectura y aprobación, en su caso, del Acta de la Junta.

En A Coruña, a 28 de mayo de 2015.- El Presidente del Consejo de Administración de TU PIEL, S.L., D. Gonzalo de Ulloa.

DERECHO DE INFORMACIÓN

De acuerdo con lo establecido en el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital, a partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital, los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social. No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social”.

Se procede a la elaboración de la lista de asistentes, resultando estar presentes:

- Don Adrián Gómez, titular de 5.000 participaciones, que representan el 20 % del capital social.
- Don Alejandro Hernández, titular de 5.000 participaciones, que representan el 20 % del capital social.
- Doña Teresa Medina, titular de 5.000 participaciones, que representan el 20 % del capital social.
- Don Daniel López, titular de 5.000 participaciones, que representan el 20 % del capital social.
- Doña Inmaculada Fernández, titular de 5.000 participaciones, que representan el 20 % del capital social.

La junta se considera válidamente constituida al estar presentes todos los socios. Todas las participaciones sociales tienen el mismo valor nominal y cada una de ellas atribuye derecho a emitir un voto.

La junta se celebra bajo la presidencia de don Gonzalo de Ulloa, actuando como secretario don Daniel López, por ser ambos miembros del Consejo de Administración.

Tras informar el presidente de los asuntos contenidos en el orden del día, la junta adopta por mayoría de los socios concurrentes los

siguientes acuerdos:

Primero. Aprobación de las cuentas anuales y propuesta de distribución de resultados correspondientes al ejercicio 2014.

Se acuerda por mayoría aprobar las cuentas anuales, integradas por el balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria, correspondientes al ejercicio 2014; haciéndose constar, a su solicitud, el voto en contra de los siguientes asistentes: *D. Alejandro Hernández y D^a. Inmaculada Fernández.*

La cuenta de pérdidas y ganancias arroja un saldo de - 140.620,97 euros.

Segundo. Aprobación de la gestión social en el mismo período.

Se aprueba, también por mayoría, la gestión social en el ejercicio 2014; haciéndose constar, a su solicitud, el voto en contra de los siguientes asistentes: *D. Alejandro Hernández y D^a. Inmaculada Fernández.*

Tercero. Otorgamiento de facultades para la ejecución de los acuerdos adoptados.

Se acuerda por mayoría facultar solidaria e indistintamente a todos los miembros del Consejo de Administración para que ejecuten en todos sus extremos los acuerdos adoptados y realicen cuantas aclaraciones y subsanaciones sean necesarias para la total efectividad y cumplimiento de los mismos; haciéndose constar, a su solicitud, el voto en contra de los siguientes asistentes: *D. Alejandro Hernández y D^a. Inmaculada Fernández.*

Cuarto. Ruegos y preguntas.

Abierto el período de ruegos y preguntas ninguno de los asistentes hace uso de la palabra.

Tras ser aprobados los acuerdos relacionados anteriormente, se suspende por unos momentos la sesión, procediendo el señor secretario a redactar el acta de la misma, la cual, leída en presencia de la junta, es aprobada por la mayoría de los asistentes y suscrita por el señor secretario con el visto bueno del presidente, así como, en prueba de conformidad, los asistentes que desean hacerlo.

V.º B.º

EL PRESIDENTE



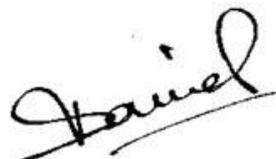
Fdo.: D. Gonzalo de Ulloa

EL SECRETARIO



Fdo.: D. Daniel López

ASISTENTES



ANEXO V: ESTATUTOS "A TU MEDIDA, S.L."**ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD "A TU MEDIDA, S.L."****TÍTULO I****Denominación, objeto, duración y domicilio**

Artículo 1.- Esta sociedad se denominará "A tu medida, S.L."

Artículo 2.- La sociedad tiene por objeto la fabricación y comercialización de artículos de piel y marroquinería.

Las actividades enumeradas podrán ser realizadas, ya directamente, ya indirectamente, incluso mediante su participación en otras sociedades de objeto idéntico o análogo.

Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad.

Específicamente, quedan excluidos los supuestos sometidos a la legislación de Inversión Colectiva y del Mercado de Valores.

Si las disposiciones legales exigiesen para el ejercicio de alguna de las actividades comprendidas en el objeto social autorización administrativa, inscripción en Registros Públicos, o algún título profesional fuera de los previstos en la Ley de Sociedades Profesionales, dichas actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente dicha titularidad profesional y, en su caso, no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigidos.

Artículo 3.- La duración de la sociedad será indefinida y dará comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura funcional.

Artículo 4.- El domicilio de la sociedad se fija en A Coruña, Polígono Industrial Alvedro, C/AZ, s/n.

Por acuerdo del órgano de administración, podrá trasladarse dentro de la misma población donde se halle establecido, así como crearse, trasladarse o suprimirse las sucursales, agencias o delegaciones, tanto en territorio nacional como extranjero, que el desarrollo de la actividad de la empresa haga necesario o conveniente.

TÍTULO II**Capital social y participaciones**

Artículo 5.- El capital social es de 20.000 euros, dividido en 100 participaciones sociales, numeradas correlativamente a partir de la unidad, de 200 de valor nominal cada una, acumulables e indivisibles. El capital social está íntegramente suscrito y desembolsado.

Artículo 6.- Las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones.

Las participaciones sociales no se representan en ningún caso por títulos especiales, nominativos o al portador, ni se expedirán tampoco resguardos provisionales acreditativos de una o varias participaciones sociales. El único título de propiedad está constituido por la escritura fundacional y, en los demás casos de modificación del capital social, por los demás documentos públicos que pudieran otorgarse. En caso de adquisición por transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, por el documento público correspondiente.

Las certificaciones del libro registro de socios en ningún caso sustituirán al título público de adquisición.

Artículo 7.- La transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos *inter vivos*, tanto a título oneroso como gratuito, se regirá por las siguientes

reglas:

1. Será libre la transmisión voluntaria por actos inter vivos, tanto a título oneroso como gratuito, entre socios, así como la realizada a favor del cónyuge, ascendientes o descendientes del socio. Las sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente serán consideradas como extraños y tendrá lugar el derecho de adquisición preferente.
2. Cuando el socio que proponga transmitir su participación o participaciones sociales o parte de ellas a personas extrañas a la sociedad, o sea, a quienes no ostenten la condición de socio, se sujetarán a lo siguiente:
 - a) Deberá comunicarlo por conducto notarial a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio o contraprestación y demás condiciones de la transmisión.
 - b) La transmisión quedará sometida al consentimiento de la sociedad, que se expresará mediante acuerdo de la Junta General, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria establecida en los estatutos.
 - c) La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. No será necesaria ninguna comunicación al transmitente si concurrió a la junta general donde se adoptaron dichos acuerdos. Los socios concurrentes a la junta general tendrán preferencia para la adquisición. Si son varios los socios concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social.
 - d) El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las comunicadas a la sociedad por el socio transmitente. En caso de que existiese aplazamiento de pago, será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado.
 - e) Cuando el precio notificado se considerara excesivo por acuerdo ordinario de la Junta General, o cuando se tratara de transmisión gratuita u onerosa por título distinto de compraventa, el precio de adquisición será fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, será el valor razonable de las participaciones, entendiéndose por tal el que determine el auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, que, a solicitud de cualquier interesado, nombren a tal efecto los administradores de la sociedad. Si el valor razonable así fijado no fuere aceptado por quien pretenda la transmisión, podrá desistir de ella, y será de su cargo la retribución del auditor. En los demás casos, dicha retribución será de cuenta de la sociedad.
 - f) El documento público de transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad del adquirente o adquirentes.
 - g) El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiere puesto en conocimiento de la ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiere comunicado la identidad del adquirente o adquirentes de todas las participaciones, siempre que otorgue el documento público en el plazo de dos meses desde la terminación del último plazo indicado.
 - h) Los trámites determinados precedentemente no serán necesarios cuando la Junta General de la entidad, celebrada con carácter universal, apruebe por unanimidad la transmisión pretendida por un socio.

Artículo 8.- En el caso de embargo de participaciones, los socios podrán subrogarse en el lugar del rematante, o en su caso, del acreedor.

Artículo 9.- Las transmisiones de participaciones que no se ajusten a lo previsto anteriormente no producirán efecto alguno.

Artículo 10.- La transmisión de participaciones se formalizará en documento público y deberá ser comunicada por escrito a los administradores, indicando el nombre o denominación social, nacionalidad y domicilio del nuevo socio. El adquirente de las participaciones podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión.

Artículo 11.- La sociedad llevará un libro registro de socios, en el que hará constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones de las participaciones, así como la constitución de derechos reales sobre las mismas. En cada anotación se indicará la identidad y domicilio del titular de la participación o del derecho real constituido sobre aquella. Cualquier socio podrá examinar este libro.

Artículo 12.- En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones.

Artículo 13.- En caso de usufructo de participaciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. El ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario. En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, lo previsto en la legislación aplicable.

Artículo 14.- En caso de prenda de participaciones corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio.

TÍTULO III Órganos de la sociedad

Artículo 15.- Los órganos de la sociedad son:

- a) La Junta General.
- b) El administrador/a único/a.

Artículo 16.- Acuerdos de la Junta General

1. Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta.

Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general.

Es competencia de la Junta General deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

- a) La censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado.
- b) El nombramiento y separación de los administradores, liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- c) La autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social.
- d) La modificación de los estatutos sociales.
- e) El aumento del capital social y su reducción.
- f) La transformación de la sociedad y su fusión y escisión.
- g) La disolución de la sociedad.
- h) Cualquiera otros asuntos que determinen la ley o estos estatutos.

Artículo 17.- Cada participación da derecho a un voto.

Los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social. No se computarán los votos en blanco.

Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior:

- a) El aumento o reducción del capital social, la disolución por acuerdo de la Junta General y cualquier modificación de los estatutos para la que no se exija mayoría cualificada, requerirá el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se haya dividido el capital social.
- b) La transformación, fusión o escisión de la sociedad, la supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital, la exclusión de socios y la autorización para que los administradores puedan dedicarse al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, requerirá el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social.

Todo ello sin perjuicio de los supuestos en que la Ley exija el consentimiento de todos los socios.

Artículo 18.- Convocatoria de la Junta General

- 1. La junta general será convocada por el órgano de administración y, en su caso,

por los liquidadores de la sociedad.

2. El órgano de administración deberá convocar necesariamente la Junta, cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud.

3. La convocatoria se realizará mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad expresando la fecha y hora de la reunión y el orden del día.

4. Entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, quince días.

5. El órgano de administración convocará la Junta General, para su celebración, dentro de los primeros seis meses de cada ejercicio, con el fin de censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas anuales del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.

Artículo 19.- La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión **y el orden del día de la misma.**

Artículo 20.- Presidencia y Acta de la Junta General.

1. Corresponde al administrador/a único/a la presidencia de las Juntas así como la facultad de certificar y de formalizar en instrumento público los acuerdos.

2. Corresponderá a la presidencia dirigir las sesiones, conceder la palabra a los socios y organizar los debates, así como comprobar la realidad de la adopción de los acuerdos.

3. Las actas de la Juntas serán aprobadas por ella misma al final de la reunión o, en su defecto, por el presidente de la Junta y dos socios interventores en el plazo de quince días.

Artículo 21.- Todo socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta General por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado y deberá conferirse por escrito. Si no fuera en documento público deberá conferirse para cada Junta de modo especial.

Artículo 22.- Administrador/a único/a.

1. La administración corresponde a un administrador/a único/a al que se le atribuye el poder de representación de la sociedad. No obstante, la Junta General, con el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social, podrá optar por otro sistema, sin necesidad de modificar los estatutos y en virtud de acuerdo que deberá elevarse a documento público e inscribirse en el Registro Mercantil.

2. La representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social, teniendo facultades lo más ampliamente entendidas, para contratar y realizar toda clase de actos y negocios de administración.

3. A modo simplemente enunciativo, sin que ello limite las atribuciones del administrador/a, corresponde a él o ella estas facultades:

a) Convocar las Juntas, preparar y presentar los balances y las cuentas anuales.

b) Dirigir, administrar y disponer en los negocios de la sociedad.

c) Representar a la sociedad y llevar la firma social.

d) Administrar los bienes de la sociedad y sus derechos y contratar en su favor.

e) Adquirir, enajenar, disponer, gravar, hipotecar, pignorar los bienes de la sociedad.

f) Sustituir todas o parte de las facultades expresadas en este artículo excepto los indelegables según la Ley.

Artículo 23.- Nombramiento del administrador/a único/a

1. El nombramiento no requiere la condición de socio.

2. El nombramiento surtirá efecto desde el momento de su aceptación.

3. La competencia para el nombramiento y la separación del administrador/a corresponde a la Junta General, pudiendo producirse la separación del cargo incluso cuando no conste en el orden del día.

Artículo 24.- El administrador/a único/a ejercerá su cargo por plazo indefinido.

**TÍTULO IV
Ejercicio social**

Artículo 25.- El ejercicio social termina el treinta y uno de diciembre de cada año. La administración formulará en el plazo máximo de tres meses, desde el cierre del ejercicio, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado.

Artículo 26.- La distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social.

Artículo 27.- De los beneficios obtenidos, una vez cubierta la parte correspondiente a la reserva legal, se podrá detraer para fondo de reserva el porcentaje que determine la Junta General.

**TÍTULO V
Disolución y liquidación**

Artículo 28.- La sociedad se disolverá por las causas legales. Con la apertura de la liquidación cesará en su cargo el administrador/a único/a. La Junta General designará a los liquidadores. La sociedad disuelta conservará la personalidad jurídica mientras no termine la liquidación y, durante ese tiempo, deberá añadirse a su denominación la expresión "en liquidación".

Artículo 29.- La cuota de liquidación que corresponde a cada socio será proporcional a su participación en el capital social. Los liquidadores no podrán satisfacer la cuota sin la previa satisfacción de las deudas de la sociedad o consignación de lo debido en una entidad de crédito del municipio donde radique el domicilio social.

DISPOSICIÓN FINAL

Las discrepancias que puedan surgir entre los socios sobre la interpretación de estos estatutos podrán ser resueltas por arbitraje de equidad en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.