



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

La constitución de
una sociedad
mercantil dedicada a
la peletería

Daniel Varela Paz

Tutor: Santiago Roura Gómez

**Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de
Empresas**
Año 2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
SUPUESTO DE HECHO	5
1. MOTIVACIÓN	8
2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALSIFICACIÓN DEL PAGARÉ	8
2.1 INTRODUCCIÓN.....	8
2.2 CONSECUENCIAS CAMBIARIAS	8
2.2.1 Contextualización del pagaré	8
2.2.1.1 Concepto y clases	8
2.2.1.2 Requisitos formales.....	8
2.2.1.3 El endoso y los sujetos intervinientes.....	9
2.2.2 Falta de pago al vencimiento	9
2.2.2.1 Acción cambiaria.....	9
2.2.2.2 Excepciones cambiarias	10
2.3 CONSECUENCIAS PENALES	11
2.3.1 Falsedad en documento mercantil	11
2.3.1.1 Objeto material.....	11
2.3.1.2 Modalidades comisivas.....	13
2.3.2 Delito de estafa.....	16
2.3.3 Reglas concursales	18
2.4 CONSECUENCIAS SOCIETARIAS	19
2.5 CONCLUSIONES.....	19
3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA RELATIVA A LA CONSTRUCCIÓN DE NAVE INDUSTRIAL QUE INVADIR PARTE DE TERRENO AJENO.	20
3.1 INTRODUCCIÓN.....	20
3.2 ACCIONES A EJERCITAR POR EL PROPIETARIO DE LA FINCA INVADIDA	20
3.2.1. Acción reivindicatoria	20
3.2.2. Acción de deslinde	22
3.2.3. Acción declarativa de dominio	23
3.3 ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD DEL SUELO INVADIDO POR ACCESIÓN INVERTIDA	23
3.3.1 Contextualización de la accesión	23
3.3.2 Construcción extralimitada o accesión invertida.....	24
3.4 CONSECUENCIAS DE LA NO ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD POR ACCESIÓN INVERTIDA	25
3.5 CONCLUSIONES.....	26

4. SOLUCIÓN JURÍDICA A LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS ENTRE D^a TERESA Y D^a SOLEDAD.....	27
4.1 INTRODUCCIÓN.....	27
4.2 CONTEXTUALIZACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE NEGOCIO	27
4.3 INDEMNIZACIONES POR DESPIDO	28
4.4 FACTURAS POR OBRAS PENDIENTES DE PAGO.....	29
4.5 OBLIGACIÓN DE NO COMPETENCIA	30
4.5.1 Responsabilidad contractual.....	30
4.5.2 Responsabilidad extracontractual	32
4.6 CONCLUSIONES.....	33
5. POSIBILIDADES DE NULIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIALES Y MEDIOS DE ACTUACIÓN DE LOS SOCIOS DISCONFORMES FRENTE A LOS ADMINISTRADORES.....	33
5.1. INTRODUCCIÓN.....	33
5.2. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES	34
5.2.1. Legitimación, caducidad y procedimiento	34
5.2.2. Vulneración del derecho de información	35
5.2.3. Vulneración del deber de lealtad de los administradores	36
5.3. MEDIOS DE ACTUACIÓN DE LOS SOCIOS DISCONFORMES	38
5.3.1 Acción social de responsabilidad.....	38
5.3.2. Posibles consecuencias penales	39
5.4 CONCLUSIONES.....	40
6. POSIBILIDADES DE COBRO DE UN ACREEDOR DE "A TU MEDIDA S.L"	41
6.1. INTRODUCCIÓN.....	41
6.2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL DE LA SOCIEDAD	41
6.3. DOCTRINA DE LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO	41
6.4. CONCLUSIONES.....	43
7. CONTROVERSIAS RELATIVAS A LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.....	44
7.1. INTRODUCCIÓN.....	44
7.2. ¿PUEDE PERCIBIR D ^a . TERESA LOS 2.000 EUROS MENSUALES EN CONCEPTO DE RETRIBUCIÓN COMO ADMINISTRADORA, SI LOS ESTATUTOS NO CONTEMPLAN DISPOSICIÓN ALGUNA AL RESPECTO?	44
7.3. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE D. DANIEL ANTE EL DESACUERDO FRENTE A LA RETRIBUCIÓN.	45
7.4. CONCLUSIONES.....	46
BIBLIOGRAFÍA.....	47
APÉNDICES	48
a) Apéndice jurisprudencial.....	48
b) Apéndice normativo	50

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
Cdc	Código de Comercio
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
LCA	Ley de Contrato de Agencia
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCC	Ley Cambiaria y del Cheque
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LO	Ley Orgánica
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
RAE	Real Academia Española
S.A.	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
S.L.	Sociedad Limitada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

SUPUESTO DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CUESTIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

1. MOTIVACIÓN

D. Daniel Varela Paz, alumno del Programa para la Simultaneidad de los Grados en Derecho y Administración y Dirección de Empresas emite el presente informe, en cumplimiento de lo expuesto en el artículo 12.3 del Real Decreto 1393/2007, en virtud del cual las enseñanzas oficiales de grado "concluirán con la elaboración y defensa de un trabajo de fin de grado".

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALSIFICACIÓN DEL PAGARÉ

2.1 INTRODUCCIÓN

La primera cuestión plantea el examen de las susceptibles consecuencias jurídicas de los hechos acaecidos en relación al pagaré falsificado. A juicio de quien suscribe los acontecimientos han generado consecuencias en tres ámbitos: cambiario, penal y societario. Se procederá pues, al detalle de las mismas.

2.2 CONSECUENCIAS CAMBIARIAS

2.2.1 Contextualización del pagaré

2.2.1.1 *Concepto y clases*

Desde una perspectiva teórica, autores como Gálvez (2001) han definido al pagaré como un "título-valor formal, literal y abstracto, que contiene la promesa incondicionada de su emisor de pagar una suma determinada de dinero a su vencimiento, en un determinado lugar, a favor o a la orden de persona determinada"¹.

Este título-valor se encuentra caracterizado por los rasgos fundamentales de necesidad, literalidad y autonomía (Peinado, 2014)². Asimismo, su contenido viene determinado por la existencia de una relación causal previa subyacente. En el caso que nos atañe procede de una aparente relación mercantil acaecida entre D.Adrián Gómez y la entidad "Construcciones Manolo S.L"; de la que se ha derivado un derecho de crédito garantizado en el pagaré referido.

2.2.1.2 *Requisitos formales*

El artículo 94 LCC enuncia el contenido que todo pagaré deberá incluir de la forma siguiente:

1. ° La denominación de pagaré inserta en el texto mismo del título y expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título.

¹ Gálvez, E. (2001). *El pagaré*. Madrid, España: Marcial Pons, p.35

² Peinado, J.I., (2014). "Los títulos de crédito: El pagaré (I)". En Menéndez A. / Rojo A. [Dir.] *Lecciones de Derecho Mercantil*. Volumen II (pp. 392 y ss). Cizur Menor, España: Civitas-Thomson Reuters

- 2.º *La promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada en pesetas o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial.*
- 3.º *La indicación del vencimiento.*
- 4.º *El lugar en que el pago haya de efectuarse.*
- 5.º *El nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar.*
- 6.º *La fecha y el lugar en que se firme el pagaré.*
- 7.º *La firma del que emite el título, denominado firmante.*

El incumplimiento de estas exigencias mínimos lleva aparejado como consecuencia la no consideración como pagaré del título (95 LCC), salvo una serie de excepciones en las que la omisión de determinados datos da lugar a la presunción de ciertos caracteres del pagaré.

2.2.1.3 *El endoso y los sujetos intervinientes*

El pagaré, como la letra de cambio, es transmitido en el tráfico jurídico a través de la figura del endoso, que Giménez (1992) ha definido como:

*“ el negocio a través del que, en virtud de una declaración recogida en la letra y de la entrega de esta, el endosante transmite al endosatario el título y los derechos a él incorporados ”.*³

Asimismo, a efectos legales, el artículo 96.1º LCC establece que le será de aplicación el régimen jurídico relativo al endoso para la letra de cambio.

En relación con las partes intervinientes en el pagaré cabe señalar en primer lugar al firmante. También denominado como emisor, es *“ aquella persona que lo crea y lo pone en circulación ”*, que con su firma asume la declaración relativa a la promesa de pago, obligándose frente al tenedor en términos análogos al aceptante de una letra de cambio (97 LCC). Por su parte, se entiende como tomador o beneficiario a la persona *“ a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar ”*. A efectos de la emisión del pagaré, como relación bilateral, no se precisa más que la intervención de las dos personas citadas. No obstante, ello no es ápice para que otras puedan entrar en acción, como en el caso de transmisión mediante endoso al endosatario (Gálvez, 2001).⁴

Respecto de los hechos en cuestión, dada la información aportado aparentemente se deduce que ha tenido lugar una emisión de un pagaré por parte de la sociedad *“ Construcciones Manolo S.L ”* –firmante-, a favor de D.Adrián Gómez –tomador-, quien posteriormente lo ha transmitido a la sociedad *“ Tu Piel S.L ”* –endosatario- como aportación social. De este modo, la citada sociedad se hace con la propiedad del título y derechos en él recogidos, siendo la tenedora del título en la fecha del vencimiento y ostentando por tanto el derecho al pago. En relación a ello se presume cumplido, pese a que de la información aportada no pueda apreciarse, el requisito formal de plasmar por escrito el endoso en el propio pagaré (16 LCC).

2.2.2 Falta de pago al vencimiento

2.2.2.1 *Acción cambiaria*

³ Giménez, G.J. (1992). *Derecho Mercantil*. Tomo 2. 2ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, p.52

⁴ Gálvez, E. (2001). *El pagaré*. Madrid, España: Marcial Pons, pp.70-71

Los hechos controvertidos muestran como una vez llegada la fecha de vencimiento estipulada en el pagaré la entidad emisora no efectúa el pago de la cantidad en él establecida, al tiempo que manifiesta la no emisión de título alguno así como la inexistencia de deuda con D.Adrián Gómez. Sucede pues, la presentación al pago del pagaré por el tenedor del mismo, en aras de extinguir la obligación aparentemente existente sobre la entidad "Construcciones Manolo S.L" en los términos del 1156 CC, sin que esta tenga lugar.

Ante la falta de pago, la entidad Tu Piel S.L. cuenta con la posibilidad de ejercitar la denominada como acción cambiaria (49 LCC) ya sea directamente contra el firmante "Construcciones Manolo S.L" –acción directa- o contra alguno de los otros obligados – acción de regreso, contra el endosante D.Adrián Gómez-.

La acción directa no exige el cumplimiento de requisitos como el levantamiento de protesto o la presentación al pago, y persigue reclamar el importe fijado en el pagaré, con los intereses generados desde su vencimiento y los gastos en trámites adicionales (58 y 59 LCC). Con respecto a la acción de regreso, la LCC requiere la presentación al pago para el ejercicio de la acción, circunstancia irrelevante en los hechos acontecidos, así como la carga formal de levantamiento del protesto para no perder la posibilidad de su ejercicio (63 LCC).

Con relación a su ejercicio, la acción cambiaria puede ser ejercitada tanto en vía ordinaria declarativa como a través del procedimiento especial del juicio cambiario tal y como le reconoce el artículo 66 LCC (Capítulo II del Título III del Libro IV LEC) correspondiendo su elección al acreedor cambiario, en este caso "Tu Piel S.L". Si esta decidiera optar por la última vía, únicamente señalar el inicio del proceso mediante demanda en los términos del 399 LEC y relativos, presentando el título cambiario y cumpliendo los requisitos exigidos en la LCC (819 y 821 LEC).

El demandado cambiario podrá optar por satisfacer el pago correspondiente (822 LEC) o interponer dentro de los diez días siguientes al requerimiento de pago demanda de oposición al juicio cambiario, alegando las excepciones previstas en el 67 LCC (824 LCC).

2.2.2.2 Excepciones cambiarias

El artículo 67 LCC se expresa en los siguientes términos:

El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor.

El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes

1.ª La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.

2.ª La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

3.ª La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado.

Frente al ejercicio de la acción cambiaria sólo serán admisibles las excepciones enunciadas en este artículo.

Desde la óptica del caso que nos ocupa, y considerando el ejercicio de la acción directa frente a “*Construcciones Manolo S.L.*”, cabría escudar su oposición a la demanda cambiaria en base a la excepción mencionada en el apartado primero del citado precepto. Ello viene justificado por la afirmación de no haber firmado ni emitido pagaré alguno al respecto, considerando así que la declaración cambiaria como tal no ha tenido lugar. En ese sentido jurisprudencia como la SAP 243/1995 de Cáceres de 26 de septiembre de 1995 (AC 1995/1573), en su fundamento jurídico segundo alude a un supuesto similar en los siguientes términos:

“Con esto expuesto, el artículo 67 de la Ley Cambiaria, artículo 96 de la misma, es aplicable al tema presente; y ahora es el momento de decir en qué ha consistido la oposición del demandado; ha sido(...) la inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.

El juzgador se ha inclinado hacia el tema de la falsedad de la firma;(…) la firma no es la del demandado, y además éste ha alegado la inexistencia de su declaración cambiaria, que en buena lógica no ha existido, porque nada ha firmado, artículo 97 de la Ley Cambiaria.

Esta inexistencia de declaración cambiaria porque el demandado no ha firmado los pagarés, y se le ha demandado indebidamente, impide que la demanda inicial tenga acogida, y nos hace comprender que son de recibo los argumentos vertidos por el apelante en el acto de la vista.”

2.3 CONSECUENCIAS PENALES

2.3.1 Falsedad en documento mercantil

2.3.1.1 Objeto material

Los delitos relativos a la falsedad documental se encuentran regulados en el Capítulo II del Título XVIII del Código Penal, pudiendo recaer sobre documentos de diversa índole –documentos públicos, mercantiles, oficiales, privados, certificados o incluso tarjetas de débito y crédito, subsumidos también en este capítulo-.

La definición de documento desde la perspectiva penal (Art. 26 CP) entiende a este como “*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”. En este sentido encaja perfectamente con la nociones de título-valor y pagaré expresadas anteriormente, sintetizadas en la nota fundamental de la incorporación de un derecho a un documento –requisito de soporte material- con la exigencia de unas formalidades legales –requisito de incorporación de datos, hechos o narraciones-, y necesario para poder ejercer o transmitir el contenido en él recogido –exigencia de relevancia jurídica-, de ahí los rasgos identificadores de necesidad documental y literalidad de todo título valor sostenidos por autores como Peinado (2014)⁵.

⁵ Peinado, J.I., (2014). “Los títulos de crédito: El pagaré (I)”. En Menéndez A. / Rojo A. [Dir.] *Lecciones de Derecho Mercantil*. Volumen II (pp. 369-371). Cizur Menor, España: Civitas-Thomson Reuters.

La interpretación doctrinal –como la de Rodríguez (1998)⁶- al respecto de los delitos de falsedad documental hace especial énfasis en la relevancia a efectos jurídicos de la información plasmada en el documento, excluyendo aquellos soportes documentales intrascendentes para el ordenamiento jurídico. En el caso concreto del pagaré que nos atañe nos encontramos ante título cambiario que recoge un derecho de crédito, de forma que su relevancia a efectos jurídicos es plenamente apreciable, en tanto que una posible falsedad en el mismo, como veremos, tendría implicaciones en el ámbito jurídico.

Una vez asumida la condición del pagaré objeto de la controversia como documento relevante a efectos penales resulta oportuno analizar su inclusión en alguna de las categorías documentales cuya falsedad se encuentra tipificada como delito en nuestro ordenamiento. Como se expresaba líneas arriba, el delito de falsedad es susceptible de recaer sobre documento público, oficial y mercantil (390-394 CP), privado (395-396 CP), certificados (397-399 CP) o tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje (399 bis).

En este sentido la doctrina jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo se ha pronunciado favorablemente hacia la calificación de los títulos valor –y por ende del pagaré- como documentos de naturaleza mercantil, regulados en una ley de dicha materia como es la LCC⁷ (STS 215/2015 de 17 de abril (RJ\2015\1854). Asimismo, en la STS 625/1997 de 8 de mayo⁸ (RJ 1997/4501) este tribunal, en su fundamento jurídico segundo, alude a una definición amplia de documento mercantil en los siguientes términos:

“ la jurisprudencia aunque ello fue ampliamente criticado por la doctrina científica) utiliza un concepto amplio de documento mercantil como equivalente a aquel que sea expresión de una operación comercial, (...) señalando así, en primer lugar, los citados expresamente por el Código de Comercio o leyes especiales, tales como letras de cambio, pagarés o cheques, (...) destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial (...)

Desde una perspectiva excluyente cabe hacer mención a la no consideración del pagaré objeto de discusión como documento público u oficial. Por documentos públicos se entienden a los *“autorizados por un Notario o empleado público, con las solemnidades requeridas por la ley”* (1.216 CC). En una línea análoga el artículo 317 LEC enumera una serie de supuestos tasados de documentos públicos, pudiendo diferenciar entre aquellos autorizados por funcionario o autoridad pública con la facultad de dar fe pública y los expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones sin dicho poder fedatario. Dentro de esta última categoría se incluirían los documentos oficiales, a los que la jurisprudencia ha dotado de una concepción alternativa al referirse a ellos como aquellos realizados por la Administración para producir efectos en su ámbito o los que proceden de organismos en los que tengan lugar

⁶ Rodríguez, L. (1998) “Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos criminalizados”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (366)

⁷ La STS 37/2009 de 24 de febrero se pronuncia sobre el carácter mercantil del cheque y pagaré en los siguientes términos: *“No cabe duda sobre que los cheques y pagarés son documentos mercantiles, sin más que atender a que están incluidos como tales en la Ley Cambiaria y del Cheque”*.

⁸ Acerca de la misma materia: SSTS 1148/2004 (RJ 2004/7326) , 171/2006 (RJ 2006/53614), 111/2009 (RJ 2009/908)

inspecciones por parte de la Administración Pública (STS 1233/1997 de 10 octubre, RJ 1997/7601). No procede pues la posibilidad de referirse al tipo delictivo realizado por autoridad o funcionario público (390 CP).

Asimismo, a juicio de quien suscribe resulta conveniente el señalar sintéticamente la no asimilación del pagaré con otros instrumentos de pago, a raíz de evitar posibles calificaciones erróneas. Echano y Gil (2014) sostienen que la regulación de las falsedades relativas a instrumentos de pago se encuentran dividida en tres frentes: efectivo (387 CP), tarjeta de débito, crédito y cheques de viaje (399 bis CP) y los títulos-valor (392 CP)⁹.

2.3.1.2 Modalidades comisivas

Toda vez que resulta oportuna la calificación a efectos penales del pagaré transmitido por parte de D.Adrián Gómez a la sociedad *Tu Piel S.L.*; corresponde examinar si han concurrido los presupuestos necesarios para la subsunción de los hechos acontecidos en el delito penal de falsedad documental en documento mercantil cometido por particulares (Art. 392.1 en relación con el 390.1.1-3º CP, vigente en 2006, de acuerdo a la aplicación del artículo 7 CP).

El tenor literal del artículo 392.1 CP se expresa en los siguientes términos:

“ El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. ”

Circunstancia que nos conduce a la observación de los tres primeros apartados del artículo 390.1 CP:

“ 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. ”

“ 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. ”

“ 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. ”

En primer lugar se debe subrayar que las conductas falsarias expresadas se encuentran dentro del ámbito de las falsedades de carácter genérico, a diferencia de las vinculadas de manera sistemática a un bien jurídico determinado. Estas pueden distinguirse entre falsedades materiales e ideológicas.

Por la primera se entiende aquella *“que afecta a la estructura física de un documento, al soporte material donde se contiene la declaración de voluntad ”*. Con respecto a la segunda se ha de señalar que alude a *“la veracidad de lo declarado, a la exactitud del contenido de la voluntad reflejado en el documento ”* (STS 280/2013, de 2 de abril). La falsedad de carácter ideológico es sostenida por Rodríguez (2014)¹⁰ como parte de un documento auténtico, incluyendo manifestaciones que no se ajustan a la veracidad de lo realmente ocurrido.

⁹ Echano, J.I. / Gil, M. (2014) *“ Falsificación de medios de pago distintos del efectivo: adecuación a la normativa europea y estudio comparado ”*. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* (34)

¹⁰ Rodríguez, L. (1998) *“Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos criminalizados ”*. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (366)

En síntesis, las falsedades materiales se enmarcarían en el apartado primero del 390.1 CP –alterar un documento en sus elementos esenciales, induciendo a error– mientras que las ideológicas hacen referencia a los apartados tercero y cuarto del mismo precepto –suponer la intervención de quien no lo ha hecho, o hacerlo de forma diferente a cómo lo habría realizado, y faltar a la verdad en la narración de los hechos–. Por lo que respecta al punto segundo del 390.1 CP autores como Bacigalupo (2007)¹¹ se han manifestado en favor de la existencia de falsedades ideológicas implícitas en la conducta simuladora que este artículo castiga. Estas se encontrarían aparejadas a las de carácter material que de por sí posee esta figura delictiva.

Siguiendo esta línea reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 312/2011 de 29 de abril, (RJ 2011/4272) y STS 279/2010 de 22 de marzo (RJ 2010/2327)) ha venido a recoger los requisitos integradores del delito de falsedad documental que nos atañe, en los siguientes apartados:

*“a) Un elemento objetivo propio de toda falsedad, consistente en la **mutación de la verdad** por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 390 del C. Penal.*

*b) Que dicha "mutatio veritatis" o alteración de la verdad **afecte a elementos esenciales del documento** y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas.*

*c) Un elemento subjetivo consistente en la concurrencia de un **dolo falsario**, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad.”*

Mutación de la verdad

En referencia a la primera de las exigencias, relativa a la existencia de una *mutatio veritatis*, nos conduce al análisis de cual de los procedimientos falsarios se adecúa a la conducta desempeñada por D.Adrián Gómez. Los hechos controvertidos muestran como la mutación de la verdad en el pagaré gira en torno a dos elementos:

- La existencia de una firma falsa, correspondiente a un sujeto jurídico que figura como emisor cuando aparentemente no ha entablado relación mercantil alguna que diese lugar al citado título valor, y el uso de un sello con el fin de aparentar la realidad del pagaré.

- La creación ficticia de una relación negocial entre D.Adrián Gómez y la “*Construcciones Manolo S.L*” generadora del derecho de crédito que es aportado posteriormente a la sociedad.

La doctrina jurisprudencial se ha pronunciado al respecto de conductas similares afirmando que *la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el art. 390.1.2* (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de Febrero de 1999). En el mismo sentido se pronuncia el citado tribunal en los siguientes términos:

¹¹ Bacigalupo, E. (2007). *Falsedad documental, estafa y administración desleal*. Madrid, España: Marcial Pons, pp. 25-26.

“el art. 390.1 CP comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, (...) sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente” (STS 309/2012 de 12 de abril, RJ 2012/5612).

De esta forma y ciñéndose al concepto jurisprudencial del 390.1.2º se aprecia la subsunción, a juicio de quien suscribe, de los hechos acaecidos en dicho tipo delictivo. Asentamos nuestro razonamiento en lo siguiente:

1. El carácter mendaz del documento. Como hemos visto, el pagaré emitido, a efectos cambiarios no goza de validez en tanto que omite uno de los requisitos esenciales del artículo 94 LCC como es la firma del firmante, en tanto que la reflejada en el mismo carece de realidad alguna.
2. Induce a error sobre su autenticidad, al estar constituido siguiendo las exigencias formales del artículo 94 LCC, generando la apariencia de pagaré fidedigno cuando realmente no es tal.
3. Incluye una serie de afirmaciones simuladas e inveraces con transcendencia jurídica mediante la creación ex novo de un documento. Resulta patente como D.Adrián Gómez confecciona el pagaré simulando una ficticia relación mercantil con *“Construcciones Manolo S.L.”*. que legitime la elaboración de un pagaré en la que figure como emisor esta última, incidiendo en el tráfico jurídico al transmitir el título-valor a una sociedad como aportación inicial.

No obstante conviene señalar la cercanía de la conducta realizada con el tipo regulado en el párrafo tercero del 390.1 CP, que hace referencia a la suposición en el documento de la intervención de personas que realmente no lo han hecho. Los hechos que nos atañen podrían tener cabida en este ámbito, en tanto que de los mismos se deduce como emisor del pagaré y por tanto deudor del derecho de crédito garantizado a una persona jurídica que nada tiene que ver con la problemática acontecida. En este sentido cabría esta calificación alternativa, pues así lo ha reflejado el Tribunal Supremo al referirse al carácter no estanco de los preceptos del 390.1 de la siguiente forma:

“es perfectamente posible que un mismo hecho sea susceptible de ser incardinado en más de una de las modalidades típicas recogidas en el art.390 C.P., como que una misma actividad puede integrarse tanto en la suposición de la intervención de persona que no la ha tenido, como en la simulación total o parcial del documento que prevén los apartados 3 y 2 del citado precepto, respectivamente” (STS de 1 junio de 2011).

A juicio de quien suscribe el contenido del 390.1.2º se adecúa en mayor medida a los hechos probados, pues dentro del concepto referido podría encajarse la falsa intervención de sujetos, mientras que la otra alternativa tipológica -390.1.3º no aglutinaría el ilícito correspondiente a la falsificación formal del pagaré en su firma y sello.

Por último, en relación con el no ajuste al supuesto del 390.1.1º CP se ha de subrayar la interpretación que la doctrina hace del precepto, cuando afirma que:

“la alteración de un documento en sus elementos esenciales (art. 390.1.1º) convierte un documento auténtico en inauténtico, dado que la declaración resultante de la alteración ya no es la emitida por quien (por regla mediante su firma) se responsabiliza de ella”¹²

Resulta también apreciable la posible incardinación de la conducta en este supuesto, no obstante, tienen lugar unos acontecimientos que van más allá de la mera inautenticidad del pagaré, al haberse simulado y documentado en el título valor la existencia de un negocio jurídico que realmente no tiene existencia, considerando por ello su inclusión más favorable en el 390.1.2º CP.

Afectación sobre elementos esenciales del documento

El segundo de los requisitos jurisprudenciales del delito de falsedad en documento mercantil se refiere a la mutación de la verdad sobre elementos esenciales del documento con repercusión en el plano jurídico. Como se ha podido extraer del análisis de las consecuencias en el plano cambiario, el artículo 94 LCC enuncia entre sus exigencias formales “La firma del que emite el título, el firmante” (94.7º LCC), aspecto que ha resultado probado en cuanto a su falsificación, cumpliendo de este modo la premisa exigida. El carácter esencial de la firma del pagaré viene otorgado a raíz del artículo 95 LCC, en virtud del cual “El título que carezca de alguno de los requisitos que se indican en el artículo precedente no se considerará pagaré”. Análogamente, la repercusión jurídica de esta mutación esencial del documento ha sido plenamente demostrada anteriormente, toda vez que el pagaré ficticio ha sido transmitido en el marco de una aportación societaria de carácter irreal, con la influencia en el tráfico jurídico que ello supone.

Dolo falsario

Con relación al último de los requisitos del delito, se ha de examinar la concurrencia del tipo subjetivo referido a la existencia o no de dolo falsario en la conducta. Por este término se entiende a la consciencia y voluntad del sujeto activo de llevar a cabo la conducta falsificatoria. El Tribunal Supremo en su STS 900/2006 de 26 de septiembre (RJ 2007/1677) se ha referido a que este concurre “cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos.”. A efectos del dolo falsario es irrelevante la conculsión sobre el bien jurídico, bastando la mera intencionalidad de faltar a la verdad. Con respecto al caso que nos ocupa, la intencionalidad falsaria resulta aparentemente palpable, en tanto que D.Adrián Gómez simula unos pagarés ficticios con el claro ánimo defraudatorio de realizar una falsa aportación a la sociedad Tu Piel S.L. y eximirse de efectuar el desembolso real de la misma.

2.3.2 Delito de estafa

¹² Bacigalupo, E. (2007). *Falsedad documental, estafa y administración desleal*. Madrid, España: Marcial Pons, p. 26

El delito de estafa se encuentra regulado en el Capítulo VI, Sección Primera del Código Penal (Arts. 248-251). El precepto principal que contiene el tipo delictivo genérico al respecto es 248.1 CP, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.”

Los requisitos del delito de estafa pueden sintetizarse en los enunciados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³:

- Utilización de un engaño previo bastante. Se trata de un elemento que lo caracteriza frente a otras infracciones patrimoniales, fruto del empleo del ingenio, falacias o argucias en aras de lograr un provecho patrimonial. Por engaño bastante la jurisprudencia entiende aquel con la idoneidad necesaria para lograr el traspaso patrimonial ansiado, siempre en consideración a baremos de interpretación según las circunstancias específicas del caso concreto.
- El engaño ha de causar un error esencial en el sujeto pasivo, que le conduzca a desconocer o tener una visión deformada de la realidad a causa de insidias o confabulaciones. En palabras de Bajo (2004), es necesario que *“la conducta vaya acompañada de una maquinación o maniobra fraudulenta”*¹⁴.
- Concurrencia de un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.
- Existencia de dolo y ánimo de lucro en la conducta fraudulenta.
- Relación de causalidad entre el engaño precedente y el perjuicio económico sufrido por la víctima. Miembros de la doctrina como Rodríguez-Miguel (2013) afirman que el perjuicio ha de ser sobrevenido o al menos concurrente a la perpetración del engaño previo¹⁵.

La aplicación de los citados requisitos al caso que nos ocupa goza de un encaje favorable. El engaño, previo y bastante, se puede considerar consumado a raíz de la construcción ficticia desarrollada por D.Adrián Gómez con el fin de hacer creer la existencia de un derecho de crédito real aportado a la sociedad *‘Tu Piel S.L.’*, mediante un pagaré fidedigno. Es un engaño bastante en cuanto a que logra a través del mismo el fin propuesto, al tiempo que igualmente lograr generar en la sociedad *‘Tu Piel S.L.’* la creencia errónea de que está recibiendo una aportación totalmente real y ajustada a la legalidad. Respecto al dolo, de la misma manera que en el ámbito del delito de falsedad documental es visiblemente apreciable la intención dolosa del sujeto activo.

El principal problema que se presenta a efectos de calificar la conducta como delito de estafa del 258.1. CP guarda relación con la existencia o no de un acto de disposición patrimonial por parte de la víctima. Desde una perspectiva conceptual Bacigalupo (2007) ha definido al acto de disposición patrimonial como *“toda decisión del titular del patrimonio que, mediante acción, omisión o tolerancia, conduzca*

¹³ SSTS 650/2002(RJ 2002/467), 1208/2011 (RJ 2012/1537), entre otras

¹⁴ Bajo, M. (2004). *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Madrid, España: Ed. Universitaria Ramón Areces, p.33.

¹⁵ Rodríguez-Miguel, J. (2013). *La autoprotección en la estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia, España: Tirant Monografías (824), p.39.

*directamente a una disminución del mismo*¹⁶ Asimismo, esa disposición patrimonial, para autores como Muñoz (2010), habrá de causar un perjuicio de carácter económico en el engañado, lesionando su patrimonio.¹⁷

Se debe examinar pues, si la adquisición de participaciones de la sociedad *‘Tu Piel S.L.’* como consecuencia de la aportación ficticia representan verdaderamente un acto de disposición patrimonial. Estas, como elementos representativos del capital de una entidad otorgan la condición de accionista a su titular, con una serie de derechos y obligaciones aparejados. Entre esos derechos, el artículo 93.a TRLSC menciona *‘el de participar en el reparto de las ganancias sociales’*; con la posibilidad de enriquecimiento patrimonial que ello supone.

Los hechos objeto de discusión reflejan como D.Adrián Gómez adquirió la condición de accionista de *‘Tu Piel S.L.’* en mayo de 2006, recibiendo por tanto 1.000 acciones de la sociedad y concurriendo de este modo un acto de disposición en su favor. El carácter patrimonial del mismo se afirma igualmente, a raíz del contenido económico que suponen las acciones como parte del patrimonio de la entidad y el derecho a beneficios que otorgan. Con relación al perjuicio económico, resulta palpable tanto por la lesión en los derechos de los restantes accionistas en el reparto de dividendos como en la propia sociedad al contabilizar en sus cuentas como capital social una cantidad que realmente no se corresponde con lo realmente desembolsado.

Por todo ello se extrae la subsunción de los hechos en el tipo penal de estafa del 248.1 CP. Además, concurre la circunstancia agravante del 250.1.3º CP -vigente en el momento de comisión de los hechos-, consistente en que *‘Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio’*.

2.3.3 Reglas concursales

La posible comisión simultánea de los delitos de falsedad en documento mercantil por particular (390.1.2º CP) y estafa (248.1 CP) nos conduce a la interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en estos casos. La STS 1538/2005 (RJ 2006/1268) –relativa a un supuesto de falsedad documental mercantil y estafa sobre título-valor- expone en su fundamento jurídico al respecto lo siguiente:

La conducta realizada se subsume en el delito de falsedad en documento mercantil y en el delito de estafa, de la que el primero es medio para el segundo, es decir, el régimen de concurrencia entre ambos delitos es el del concurso ideal medial ‘

Siguiendo esta tesis previa a al ámbito temporal de realización de los hechos (año 2006), la comisión del delito de falsedad en documento mercantil aparejado al delito de estafa supondría un plus de antijuricidad que conlleva la autonomía de ambos tipos delictivos, considerando a la falsedad en el pagaré –simulando firma y relaciones mercantiles con *‘Construcciones Manolo S.L.’*– como un medio para estafar a la sociedad *‘Tu Piel S.L.’* por parte de D.Adrián Gómez, resultando por ello de aplicación las reglas del concurso medial del artículo 77 CP.

¹⁶ Bacigalupo, E. (2007). *Falsedad documental, estafa y administración desleal*. Madrid, España: Marcial Pons, p.172

¹⁷ Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, España: Tirant, p.435

No obstante, con carácter previo a la LO 5/2010 existía un tipo agravado de la estafa a través de cheque, pagaré o letra de cambio (250.1.3° CP), aplicable a los hechos conforme al artículo 7 del CP que sí podría dar pie a una interpretación relativa al establecimiento de un concurso de normas entre ambas figuras delictivas. El Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2002 se pronunció al respecto de la siguiente forma: *“la falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa, debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del artículo 250.1.3 CP y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo Cuerpo Legal”*.

A juicio de quien emite el presente informe se considera, en atención al momento temporal de comisión de los hechos, la aplicación preferente del artículo 8.3° CP relativo a la consunción del delito de falsedad en documento mercantil dentro del tipo de estafa agravada mencionado.

2.4 CONSECUENCIAS SOCIETARIAS

En primer lugar, siguiendo lo expuesto en el artículo 65 TRLSC (concordante al 39 LSA) *“ Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.”* De este modo, toda vez que la aportación ha resultado ser irreal, cabría la exigencia de responsabilidades a D.Adrián Gómez como consecuencia del otorgamiento de un derecho de crédito ilegítimo. En este mismo sentido se manifiesta el artículo 73 TRLSC (concordante al 21 LSRL) para las sociedades de responsabilidad limitada al establecer la responsabilidad solidaria de aquellos accionistas que adquieran participaciones mediante aportaciones no dinerarias –como en los hechos que nos atañen- sobre la realidad de las mismas y su valoración.

Por otro lado, una vez que haya resultado probado la ineffectividad de la aportación podría incurrirse en uno de los supuestos de nulidad de la sociedad siguiendo el precepto 56.g TRLSC (concordante al 16.d LSRL), *“por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, en las sociedades de responsabilidad limitada”*. Lo expuesto puede vincularse con lo referido en el artículo 59.1 del mismo texto legal (concordante con el 18 de la LSRL), en virtud del cual tienen el carácter de nulidad la creación de participaciones sociales que no correspondan a una efectiva aportación patrimonial a la entidad.

2.5 CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto, y con el propósito de sintetizar las posibles consecuencias jurídicas anudadas a los hechos controvertidos, a juicio de quien suscribe se consideran reseñables los siguientes aspectos:

- Llegado el vencimiento del pagaré, y como consecuencia de la falta de pago del mismo la sociedad *“Tu Piel S.L.”* gozaría de la opción de ejercitar la acción cambiaria a la que nos hemos referido anteriormente, ya sea directa frente a *“Construcciones Manolo S.L.”* como emisor o de regreso frente a D. Adrián Gómez. En este sentido cabe señalar la posibilidad lógica de alegación por parte de la primera de la excepción basada en la inexistencia de declaración cambiaria por su parte, probándolo en base a las circunstancias que ha demostrado la veracidad de la falsificación.

- En el plano penal, debemos abundar en lo señalado acerca de la consideración de los hechos como constitutivos de delito de estafa agravada mediante pagaré y la falsedad en documento mercantil. La ficción plasmada documentalmente ha sido empleada como medio para engañar a la sociedad 'Tu Piel S.L.' y adquirir participaciones de la sociedad, presumiblemente generando dividendos obtenidos por parte del sujeto activo. Con relación al concurso entre delitos se considera la consunción del delito de falsedad dentro de la estafa agravada por el uso de pagaré, si bien cabría la defensa de un concurso medial entre ambos tipos delictivos.
- En el plano societario, se entiende de relativa importancia traer a colación la posibilidad de exigir responsabilidades al socio que ha falsificado el pagaré por su aportación inexistente a la sociedad, al tiempo que se cuestiona la viabilidad del ejercicio de la acción de nulidad de la sociedad por no haber sido desembolsado íntegramente el capital social como consecuencia de esta falsa aportación.

3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA RELATIVA A LA CONSTRUCCIÓN DE NAVE INDUSTRIAL QUE INVADE PARTE DE TERRENO AJENO.

3.1 INTRODUCCIÓN

A continuación se presenta un análisis jurídico de las posibles implicaciones que podría tener la construcción de una nave industrial que invade en parte terreno ajeno. De acuerdo a ello se procederá al estudio de las argumentaciones jurídicas a esgrimir por parte del propietario de la finca invadida y de la sociedad, así como de las consecuencias que podría tener sobre D. Alejandro Hernández la no adquisición de la propiedad del terreno invadido por parte de la sociedad 'Tu Piel S.L.'.

3.2 ACCIONES A EJERCITAR POR EL PROPIETARIO DE LA FINCA INVADIDA

3.2.1. Acción reivindicatoria

El derecho real de propiedad – consignado en el artículo 348 CC bajo las facultades fundamentales de goce y disposición- se encuentra protegido en nuestro ordenamiento jurídico a través de un sistema de acciones típicas.

La primera de las acciones de defensa de la propiedad es la denominada acción reivindicatoria, definida por Bercovitz (2013) como "*la acción de la que dispone el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario para obtener la restitución de la cosa*"¹⁸. Se encuentra regulada en el Código Civil (artículo 348.2º) con una doble pretensión: la declaración como propietario del reivindicante y la restitución del bien objeto de la acción al mismo.

¹⁸ Bercovitz, R. (Coord.) et al. (2013). *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. Madrid, España: Ed. Bercal S.A., pp.183-186

En aplicación de lo expuesto a los hechos acaecidos sucede la ocupación de 75 metros cuadrados de la finca colindante en la construcción de una nave industrial por parte de Alejandro Hernández, en el año 1995. Aparentemente nos encontraríamos ante un propietario de una finca que se ha visto privado de la posesión de una franja de terreno de la misma, y de un poseedor no propietario de esta como consecuencia de la construcción. En este sentido la intención del propietario invadido se ajustaría al logro de la restitución de esos 75 metros cuadrados perdidos. Corresponderá por tanto examinar si realmente concurren los presupuestos de legitimidad activa y pasiva para el ejercicio de la acción reivindicatoria, así como los requisitos que jurisprudencialmente se han venido predicando acerca de la misma.

Con respecto a la legitimación activa se debe señalar la necesidad de ostentar la condición de propietario no poseedor inmediato de la cosa. En otras palabras, sólo está legitimado para ejercer la acción reivindicatoria quien pruebe el dominio sobre la cosa reivindicada, mediante título que acredite su propiedad, adquirida de acuerdo al 609 CC. Al propietario de la finca invadida, como actor de la acción, le corresponderá la carga de la prueba del título (237 LEC) mediante medios de prueba válidos. La presunción de exactitud de la inscripción en el Registro de la Propiedad que emana del principio de legitimación registral (38 LH, párrafo primero) constituiría un ejemplo de medio de prueba al respecto. De acuerdo a ello, y presumiendo la inscripción registral el propietario de la finca invadida podría justificar su título de dominio mediante la misma.

Esta exigencia coincide a su vez con el primero de los requisitos jurisprudencialmente establecidos para la concurrencia de la acción reivindicatoria, expresándose la STS 777/1999 de 28 de septiembre (RJ 1999/7085) en la necesidad de que *“el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama”*.

En lo que atañe a la legitimación pasiva –que coincide igualmente con uno de los requisitos- esta recae en el poseedor de la cosa reivindicada, o en otros términos *“en la detentación de la misma por el demandado”* (STS 616/1998 de 25 de junio, RJ 1998/4750).

Los antecedentes de hecho reflejan como consecuencia de la construcción, la sociedad *“Tu Piel S.L.”*: se encuentra actualmente en posesión –tenencia o goce- de los 75 metros cuadrados de terreno propiedad del reivindicante, luego se entiende cumplido este segundo requisito, para el cual podría aportarse acta notarial e informe pericial que lo acredite.

No obstante, la sociedad *“Tu Piel S.L.”* podría encontrar un mecanismo de defensa alegando la irreivindicabilidad del artículo 34 LH bajo la condición de tercero hipotecario. Cabría examinar la concurrencia de las exigencias necesarias para gozar de tal posición, expuestas por autores como Bercovitz (2013)¹⁹, que aparentemente parecen cumplirse (buena fe del adquirente, negocio jurídico oneroso, adquisición de titular registral e inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad) .

El último de los requisitos de la acción reivindicatoria alude a *“la identidad inequívoca de la finca a reivindicar”* (STS 524/2000 de 25 de mayo, RJ 2000/3495). Lo reivindicado habrá de estar plenamente identificado, no siendo posible la reclamación de cosa de carácter genérico. Merece la pena destacar que el requisito identificativo presenta menos problemas en relación con las fincas urbanas. En el caso de las fincas rústicas la identificación se procedimenta en tres planos: geográfico –determinando su

¹⁹ Bercovitz, R. (Coord.) et al. (2013). *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. Madrid, España: Ed. Bercal S.A., pp. 125-127

ubicación exacta-, extensión –estableciendo los metros cuadrados de cabida- y límites – fincas colindantes por los cuatro vientos- (STS 26/2003 de 24 de enero, RJ 2003/611). En el caso que nos ocupa esta información no es revelada, de forma que bien podría considerarse cumplido este requisito mediante la aportación de los pertinentes medios probatorios, o bien, en caso de existir confusión en relación a los lindes, el planteamiento conjunto de una acción de deslinde junto a la reivindicatoria que permita deslindar primero la finca objeto de controversia.

La acción reivindicatoria que nos atañe, al recaer sobre un bien inmueble no presenta problemas en relación a su prescripción al resultar de aplicación el artículo 1963 CC que establece un plazo al respecto de treinta años, habiendo transcurrido veinte años entre 1995 –momento de la construcción- y 2016.

3.2.2. Acción de deslinde

Esta acción aparece recogida en el artículo 384 CC, expresando que *“Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes. La misma facultad corresponderá a los que tengan derechos reales”*. La finalidad perseguida no es otra que la clara delimitación de los confines de la finca que determinen el ámbito objetivo de extensión de su derecho real. Este puede ser llevado a cabo de tres formas (Bercovitz, 2013)²⁰: mediante acuerdo entre los interesados, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria o mediante juicio declarativo ordinario, al existir discrepancias entre las partes, circunstancia esta última la aplicable a los hechos controvertidos.

En cuanto a la legitimación, esta se predica del contenido del artículo 384 citado. La legitimación activa le corresponde al propietario o titular de derecho real sobre finca cuyos lindes no estén plenamente identificados, mientras que la legitimación pasiva recae en los titulares de las fincas colindantes. No obstante, en relación a estos últimos se ha de subrayar que, siguiendo lo expuesto en la STS 25/1995 de 27 de enero (RJ 1995/174) no resulta necesario demandar a todos los colindantes de la finca en cuestión, si no únicamente a aquellos respecto de los que exista confusión en los lindes.

Una vez establecidos conceptualmente los términos de la acción de deslinde concierne estudiar la posibilidad de ejercicio conjunto a la acción reivindicatoria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto estableciendo las diferencias entre ambas:

“La finalidad identificativa que se pretende con el ejercicio de la acción de deslinde que autorizan los artículos 384 y siguientes del Código Civil, supone ciertas afinidades con la acción reivindicatoria,(...) mientras que en una prevalece la finalidad puramente individualizadora del predio, fijando sus linderos y persiguiéndose la concreción de unos derechos dominicales ya existentes sobre una zona de terreno incierto -mera cuestión de colindancia-, la otra representa, frente a la primera, la protección más amplia posible del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de su posesión de quien indebidamente la detente,” (Fundamento jurídico primero de la STS 25/1995 de 27 de enero, RJ 1995/174)

²⁰ Bercovitz, R. (Coord.) et al. (2013). *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. Madrid, España: Ed. Bercal S.A., p. 187-189

De esta forma, se hace patente la posibilidad de ejercicio compatible en tanto que una vez sean delimitados estos lindes lo declarado sea reconocido como propiedad del actor, mediante la acción reivindicatoria o declarativa pertinente.

En los hechos objeto de discusión, siguiendo la posibilidad de confusión en los límites de la finca en cuestión, cabría el ejercicio de la acción de deslinde en simultaneidad a la acción reivindicatoria, de modo que queden acotadas perfectamente ambas fincas y así poder prosperar la reivindicatoria ejercitada por parte del propietario del terreno de la finca invadida.

Asimismo, el transcurso de veinte años entre la construcción y el descubrimiento de la invasión no presentaría problemas dado el carácter imprescriptible de la acción (1965 CC).

3.2.3. Acción declarativa de dominio

La acción declarativa de dominio, al igual que la reivindicatoria, se extrae de la interpretación jurisprudencial del párrafo segundo del 348 CC, siendo definida por el Tribunal Supremo como: “*la protección del derecho de propiedad, tratando de obtener una mera declaración o constatación de la propiedad que no exige que el demandado sea poseedor y le basta con la declaración de que el actor es propietario de la cosa*” (STS 24 de marzo de 1992, RJ 1992/2284). La principal diferencia con la acción reivindicatoria radica en la inexistencia de pretensión restitutoria del objeto de la misma.

Precisamente dicha circunstancia es la que, a juicio de quien emite este informe, no recomienda el recurso a esta acción, en tanto que en caso de prosperar el propietario de la finca invadida no obtendría la restitución de los 75 metros cuadrados en dicho procedimiento, y sólo la declaración como propietario de esa franja de terreno.

3.3 ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD DEL SUELO INVADIDO POR ACCESIÓN INVERTIDA

3.3.1 Contextualización de la accesión

El artículo 353 CC establece de forma general el derecho de accesión, expresando que “*La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente*”. Para autores como García (1995) la accesión ha sido concebida como “*el derecho que compete al dueño de una cosa sobre lo que ésta produzca y a ella se le incorpore*”²¹.

La interpretación del artículo 353 CC, junto a la expuesta por Bercovitz (2013), nos conduce a la categorización de la accesión en dos tipos²²:

- Accesión discreta o por producción (354 y 355 CC): El dueño de una cosa adquiere la propiedad de los frutos que esta genere.
- Accesión continua o por incorporación: El propietario de una cosa principal adquiere la propiedad del objeto accesorio adherido o unido inseparablemente a

²¹ García, M. (1995). *El Derecho de Accesión*. Barcelona, España: Cedecs Editorial, p.18

²² Bercovitz, R. (Coord.) et al. (2013). *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. Madrid, España: Ed. Bercal S.A., p.197

la primera. Esta accesión en sentido estricto puede ser a su vez mobiliaria (375 y ss. CC) o inmobiliaria, con o sin intervención humana (358 CC).

En cuanto al fundamento de la accesión, la doctrina ha señalado al principio de buena fe y, sobretodo, al principio *accessorum sequitur principal* –lo accesorio sigue a lo principal- como las razones de ser de este derecho. Este último principio -que encuentra explicación en el 376 CC, al reputar como cosa principal aquella a la que se ha unido otra por adorno o perfección- se asienta en que el propietario de lo principal adquiere a su vez la propiedad de lo accesorio.

3.3.2 Construcción extralimitada o accesión invertida

En la accesión relativa a los bienes inmuebles, como tienen por objeto los hechos controvertidos, rige una modalidad especial del *accessorum sequitur principal*, el denominado principio *superficies solo cedit*, que atribuye el carácter de elemento principal al suelo en relación a lo construido encima de él, reservándose este la condición de accesorio.

Esta es la línea seguida por el artículo 358 CC, según el cual “*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos (...) pertenecen al dueño de los mismos*” o el 361 CC “*El dueño del terreno en el que se edificare, sembrare, o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra (...) previa indemnización (...) o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno*”. De acuerdo a esto, en el caso de estudio, el propietario del suelo invadido tendría derecho a hacer suya la parte de edificación correspondiente a su parcela de terreno –se examinará posteriormente el modo de proceder- o exigir el precio de los 75 metros cuadrados, suponiendo la buena fe del edificante.

Sin embargo lo que se pretende analizar en estas líneas será la posibilidad de que la sociedad “*Tu Piel S.L.*” adquiera la propiedad de la franja de terreno invadido en la construcción, excluyendo la aplicación del citado artículo 361 CC. En ese sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido resolviendo de un modo particular los supuestos de *construcciones extralimitadas* o *accesión invertida*, es decir, aquellas construcciones de edificios que tienen lugar en terreno propio, pero invadiendo en parte suelo ajeno. Esta construcción jurisprudencial, de aplicación exclusiva en los casos de accesión inmobiliaria supone una excepción al principio *superficies solo cedit*, al invertir los términos del mismo, considerando como bien principal a la edificación y accesorio al suelo. Las razones aludidas para el establecimiento de tal postura son de “*política económica, social y de convivencia*” (STS 959/1995 de 7 de noviembre, RJ 1995/8079), en otras palabras, el rechazo de medidas excesivamente gravosas que hagan disminuir la utilidad de lo construido.

La accesión invertida tiene como efecto principal la adquisición de la propiedad del terreno invadido por el constructor en suelo ajeno, mediante el abono del pertinente precio del suelo ocupado así como una indemnización por los daños y perjuicios causados (García, 1995)²³. Para ello será necesaria la concurrencia de los requisitos jurisprudencialmente establecidos para la accesión invertida (entre otras, STS 215/1996 de 22 de marzo, RJ 1996/2584):

²³ García, M. (1995). *El Derecho de Accesión*. Barcelona, España: Cedecs Editorial, pp. 112-113

- Titularidad dominical de quien pretenda la accesión invertida. Dicha circunstancia aparentemente se encuentra cumplida por la sociedad *‘Tu Piel S.L.’*: al haber recibido la edificación en propiedad como consecuencia de la aportación de D. Alejandro Hernández, quien previamente fue propietario de la misma.
- Que el edificio se haya construido en suelo propio, y parte en suelo de titularidad ajena. De la narración de los hechos se explicita la construcción en suelo propio, invadiendo 75 metros cuadrados de suelo de la finca colindante, luego también se entiende cumplido este requisito.
- Indivisibilidad de la construcción. Se refiere a que las dos partes del suelo conformen un todo inseparable con el edificio, de forma que no sea posible su eliminación parcial sin causar un grave perjuicio al titular de la edificación. En el caso que nos ocupa la nave construída cumple con tal exigencia.
- Que la edificación tenga un valor y una importancia superior a la del suelo invadido. El suelo invadido, cifrado en 75 metros cuadrados, gozaba en 1995 de un valor de 750 euros -10 euros el metro cuadrado- de acuerdo la información facilitada. Hoy en día, de acuerdo a los datos del Ministerio de Fomento el precio medio de ese suelo urbano en Galicia se situaría en 84,30 euros (IV Trimestre de 2015). Por su parte, el precio del metro cuadrado de nave industrial en Galicia, de acuerdo a la observación del mercado de compra venta, se encontraría en torno a los 400-500 euros por metro cuadrado, una cifra notablemente superior a la del valor del suelo invadido.
- Buena fe del edificante en la construcción. Se trata del requisito central de la accesión invertida, pues en caso contrario será diferente el cauce y las consecuencias de la construcción en suelo ajeno. Jurisprudencialmente ha sido definida como la ignorancia por parte del edificante de que parte del suelo sobre el que está construyendo no le pertenece. Al respecto la STS 240/2001 de 14 de marzo (RJ 2001/5976) se ha pronunciado aludiendo al artículo 434 CC en tanto que la mala fe no se presume, si no que ha de ser probada.

Aplicando lo expuesto a los acontecimientos la cuestión central sobre la que se sustentaría el éxito de la demanda de accesión invertida por parte de *‘Tu Piel S.L.’* recaería en la capacidad de demostrar la buena fe en la construcción de D. Alejandro, en tanto que el resto de requisitos parecen ser cumplidos. Acreditada tal circunstancia nada impediría, a juicio de quien suscribe, que la sociedad adquiriera la propiedad de la franja de terreno citada. Como consecuencia surgiría la obligación de abonar al propietario del suelo invadido el valor del mismo, junto a una indemnización compensadora por el menoscabo patrimonial sufrido con la reducción de cabida de su finca. Esta debería ser abonada por el edificante, y no por la sociedad.

3.4 CONSECUENCIAS DE LA NO ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD POR ACCESIÓN INVERTIDA

La no adquisición de la propiedad por parte de la sociedad implicaría el no haber concurrido, en opinión de quien emite este informe, el requisito de buena fe en la construcción, considerándose incardinando en el supuesto de construcción extralimitada de mala fe.

En ese caso resultaría de aplicación el artículo 362 CC por el cual quien *“edifica (...) en terreno ajeno, pierde lo edificado (...) sin derecho a indemnización”*. Asimismo, el 363 CC alude a que el dueño del terreno en el que se ha edificado podrá optar por exigir la demolición de lo edificado. De acuerdo a ello, si resultara demostrado que D. Alejandro Hernández construyó la nave a sabiendas de que estaba ocupando parte del territorio de la finca colindante podría tener lugar la contundente medida de demolición de la parte de nave invasora de terreno ajeno, o la totalidad de la nave si no fuera posible la demolición parcial²⁴.

La sociedad *“Tu Piel S.L.”* seguiría siendo propietaria actual de la finca una vez fuera demolida la nave industrial, pero cabría cuestionarse si se podría exigir responsabilidades a D. Alejandro Hernández por haberle transmitido una finca con un circunstancia oculta de forma intencionada.

En esa dirección se considera de aplicación la exigencia de saneamiento por evicción a la aportación de D. Alejandro Hernández en los términos del artículo 64 del TRLSC –concordante con el 39 LSA- (*“Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles (...), el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa”*). De este modo resulta de oportuno uso el artículo 1475 CC que establece que *“Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada. El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato”*. En este caso la sociedad *“Tu Piel S.L.”* se vería desprovista de la nave recibida como aportación a causa de la mala fe del constructor, debiendo responder por ello el aportante. En cuanto a la cuantía de lo exigido, siguiendo lo recogido en el artículo 1478 CC al considerar que no se pactó disposición alguna sobre la evicción, la sociedad *“Tu Piel S.L.”* tendría derecho a exigir a D. Alejandro la restitución del precio que tuviera la nave en el momento de la evicción, las costas derivadas de la acción de accesión invertida y los daños e intereses causados.

3.5 CONCLUSIONES

A modo de resumen podemos sintetizar lo expuesto en las siguientes notas:

- El propietario de la finca invadida dispone de la acción reivindicatoria para tratar de recuperar la franja de terreno objeto de discusión, que deberá ser ejercitada simultáneamente a una acción de deslinde que delimite claramente los lindes de ambos terrenos colindantes y permita su plena identificación.
- La sociedad *“Tu Piel S.L.”* podría adquirir la propiedad sobre la parcela de terreno ajeno si realmente concurren los requisitos de la accesión invertida. Estos aparentemente tienen lugar, no obstante no puede afirmarse con rotundidad la buena fe del constructor.
- En el caso de existir mala fe del constructor la nave debería ser demolida en aplicación de las reglas del Código Civil. El perjuicio causado a la sociedad *“Tu Piel S.L.”* debería ser asumido por parte del aportante D. Alejandro Hernández, en tanto que concurren las circunstancias del saneamiento por evicción, aplicable también a las aportaciones societarias de bienes inmuebles.

²⁴ Un ejemplo de sentencia en la que se detecta la mala fe del constructor sería la STS de 28 de enero de 1993 (RJ, 1993/511)

4. SOLUCIÓN JURÍDICA A LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS ENTRE D^a TERESA Y D^a SOLEDAD.

4.1 INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas se procederá al examen de la posible respuesta jurídica a las controversias surgidas como consecuencia de la transmisión de negocio entre D^a Soledad García –transmitente- y D^a Teresa Medina –adquirente- en agosto de 2004. A efectos de una mayor comprensión se ha estructurado el presente epígrafe en tres bloques diferentes: la polémica en torno a las indemnizaciones por despido y la cláusula contractual, la responsabilidad en el pago de las obras previas a la transmisión y la legitimidad de la posterior competencia ejercida por la transmitente.

4.2 CONTEXTUALIZACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE NEGOCIO

El artículo 1.446 CC define el contrato de compraventa como aquel en el que *“uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”*. La expuesta constituye la concepción general de la compraventa, no obstante, existe una delimitación específica de la misma cuando reviste carácter mercantil, a través de los artículos 325 y 326 CdC. La interpretación doctrinal de autores como Sánchez Calero (2013) sobre ambos preceptos ha conducido a considerar como mercantiles las siguientes compraventas²⁵:

- La compra y venta de cosas muebles con ánimo de lucrarse mediante su reventa, bien sea transformándolas o en el estado en el que se adquieren (325 CdC).
- La venta llevada a cabo por empresario cuando el comprador también ostente tal condición y adquiera el bien para el desarrollo de su actividad económica.

El segundo de los caracteres mencionados acerca de la compraventa mercantil será el que resulte de interés en el caso que nos atañe, a objeto de calificar la compraventa de negocio realizada como mercantil. Resulta palpable el encaje de la transmisión de negocio en dicho concepto, en tanto que recae sobre elementos plenamente vinculados a la actividad empresarial y el fin de la adquisición es el ejercicio de la actividad económica de arreglos textiles por parte del adquirente²⁶. En relación a ello, autores como Sánchez Calero (2013) han venido a reconocer el carácter mercantil de la compraventa de empresa.

Una de las particularidades del contrato de compraventa de empresa, además de su atipicidad, es la unidad del título de transmisión. Con ello nos referimos a la innecesariedad de transmisión individualizada de cada uno de los elementos que forman parte del negocio, de forma que existirá un único contrato de compraventa de empresa,

²⁵ Sánchez Calero, F. / Sánchez Calero, J. (2013) *Instituciones de Derecho Mercantil* 36 ed. , Volumen II. Cizur Menor, España: Thomson Reuters, pp. 258-259.

²⁶ Los arreglos textiles se identifican con el código 9529 de acuerdo a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas

sin perjuicio de que el modo de cada elemento deba ser realizado cumpliendo las exigencias particulares de la ley.

En este sentido debe señalarse que el alcance de la responsabilidad del nuevo titular de la actividad empresarial al respecto goza de ciertas diferencias en función de la naturaleza de lo transmitido.

4.3 INDEMNIZACIONES POR DESPIDO

La primera problemática que se presenta tiene que ver con la negativa de la adquirente del negocio a hacer frente a las cantidades derivadas de la extinción de la relación laboral de dos empleadas alegando la existencia de un pacto en el contrato de compraventa de asunción de estas responsabilidades por parte del transmitente.

Nos encontramos ante un supuesto de subrogación legal en el ámbito laboral, en la que la adquirente se situará en la posición jurídica del transmitente, con independencia de lo pactado entre las partes (Rojo, 2011)²⁷. Concretamente, la transmisión de negocio en el ámbito laboral genera la denominada sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 ET en los siguientes términos:

“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior” (Art. 44.1 ET)

Asimismo, la responsabilidad del adquirente de la empresa encontrará diferencias en función del momento en el que la obligación laboral haya sido contraída. En el caso de que esta fuese generada con carácter previo a la transmisión del negocio concurrirá una responsabilidad solidaria durante tres años entre cedente y cesionario, mientras que si nació posteriormente a la transmisión el responsable será sólo el adquirente (44.3 ET). En este último caso el transmitente respondería también solidariamente en el caso de que la transmisión hubiese sido declarada como delito en los términos del 311 CP.

En el caso que nos ocupa las dos trabajadoras fueron despedidas en agosto de 2004, momento en el que D^a Teresa ya era nueva titular del negocio –recordamos que adquirió la misma desde el citado mes de agosto- de forma que la obligación de la deuda derivada de la extinción del vínculo laboral se entiende nacida con posterioridad a la transmisión, y por tanto la responsabilidad en el ámbito laboral correspondería únicamente a la adquirente D^a Teresa Medina. No se aprecia la existencia de ilícito penal alguno por parte de D^a Soledad en la transmisión por lo que no cabría la exigencia de responsabilidad solidaria. La transmitente transfiere su posición jurídica a la adquirente, y es esta última quien una vez subrogada procede a extinguir el vínculo contractual con las trabajadoras.

Con relación a la inclusión de la indemnización por despido y de los salarios de tramitación en el catálogo de obligaciones laborales se ha de señalar lo expuesto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce el derecho del trabajador a percibir la indemnización pertinente y los salarios de tramitación al regular los casos de despido improcedente.

²⁷ Rojo, A., (2011) “El establecimiento mercantil”. En Menéndez, A. / Rojo, A. [Dir.] *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I (p.104). Cizur Menor, España: Civitas-Thomson Reuters

Una vez afirmada la subrogación en los derechos y obligaciones laborales del anterior titular se debe examinar la cuestión concerniente a la cláusula contractual por la que se exime de responsabilidad en el abono de indemnizaciones a la adquirente. Hemos mencionado anteriormente el carácter legal de la subrogación acaecida en el ámbito laboral, al encontrarse garantizada por una ley imperativa como el Estatuto de los Trabajadores. Relacionando dicha circunstancia con el contenido del artículo 1255 CC - *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*- queda claro que el contenido de la cláusula carece de operatividad a efectos laborales y por tanto no será oponible a los trabajadores afectados.

Dicha circunstancia no es óbice para que sí goce de eficacia en el ámbito interno de la relación contractual entre adquirente y transmitente. En este sentido el Tribunal Supremo, en relación con un arrendamiento de negocio, se ha pronunciado en la STS de 31 de diciembre de 2003 (RJ 2004/218), destacando los siguientes fragmentos:

“el recurrente confunde la eficacia en el orden civil de la cláusula séptima con la laboral (...). Desde el punto de vista de la eficacia laboral, la cláusula séptima no se opone al principio de continuidad de los trabajadores del arrendatario una vez que se produzca el cambio o sucesión en la titularidad de la empresa, lo contrario sería tanto como infringir el art. 1257 CC, que limita la eficacia de los contratos (...)

Ahora bien, las consecuencias patrimoniales que se deriven del hecho de que el nuevo arrendatario rescinda (...) las relaciones laborales que hubieron de serlo por el anterior ante la terminación de su arrendamiento, no han de ser soportadas nada más que por este último, en base al principio de la autonomía de la voluntad. Son relaciones de crédito y deuda enteramente civiles entre sujetos con aptitud para concertarlas, no traspaso de uno a otro de obligaciones laborales. las mismas siguen el destino marcado por las Ley, pero las consecuencias patrimoniales pueden ser reguladas privadamente entre arrendador y arrendatario.”

Por todo ello, se extrae que las cantidades reclamadas por los trabajadores habrán de ser satisfechas por parte de D^a Teresa Medina, no pudiendo oponer esta la excepción personal que tuviera contra D^a Soledad García. No obstante, sí tendrá derecho a hacer valer el contenido de la citada cláusula en el ámbito civil frente a ella.

A estos efectos D^a Teresa podría invocar el artículo 1258 CC para la exigencia del cumplimiento de lo pactado, al ya mencionado 1255 CC para justificar la licitud del pacto contractual y al 1281 CC para atenerse a la literalidad de los términos de la cláusula. La aplicación de los preceptos del Código Civil encontraría su razón de ser en el artículo 2 CdC (*“Los actos de comercio (...) se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio (...) y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”*).

4.4 FACTURAS POR OBRAS PENDIENTES DE PAGO

El segundo asunto conflictivo que se presenta tiene que ver igualmente con una negativa al pago por parte de la adquirente de unas cantidades dinerarias, en este caso correspondientes a unas obras realizadas en el establecimiento entre mayo y junio de 2004, cuya factura fue presentada al cobro el 23 de diciembre del mismo año.

Desde una perspectiva doctrinal la transmisión de negocio no implica la asunción automática por parte del adquirente de las deudas que el transmitente hubiera adquirido con anterioridad al cambio de titularidad, tal y como sostiene Rojo (2011)²⁸. Como mencionan los acontecimientos, las obras son realizadas entre mayo y junio, con carácter previo a la transmisión, naciendo la obligación en ese momento aunque se presente al pago con posterioridad. En esta dirección el artículo 1205 CC viene a afirmar el carácter no automático de la transmisión de las deudas, ya que la sustitución del deudor originario por uno nuevo exigirá el consentimiento del acreedor. Asimismo, el Tribunal Supremo en la STS 162/2007 de 8 de febrero (RJ 2007/921) ha establecido que:

“la novación nunca se presume, ni tampoco puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, sino que la voluntad de novar debe constar siempre de modo inequívoco”

De esta afirmación, junto a la de académicos como Sánchez Calero (2013)²⁹, se deduce la exigencia adicional de pacto expreso entre vendedor y comprador para la asunción de la deuda por parte del adquirente. Fruto de la interpretación de los hechos nada se extrae en relación a un posible pacto, por lo que se considera que no concurre la voluntad expresa de subrogación de la deuda. Igualmente tampoco se puede concluir con rotundidad el consentimiento del acreedor, lo que nos conduce a situar la responsabilidad del pago en la persona de la anterior transmitente, es decir, D^a Soledad García.

En último lugar debe ser destacada una posibilidad alternativa al caso. Esta sería el abono por parte de D^a Teresa de la cantidad reclamada a la entidad que llevó a cabo las obras, para posteriormente exigirle lo pagado a D^a Soledad mediante la oportuna acción de repetición, todo ello a raíz de lo expuesto en el artículo 1158 CC. (*“Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado”*).

4.5 OBLIGACIÓN DE NO COMPETENCIA

4.5.1 Responsabilidad contractual

Como se ha expuesto líneas atrás la transmisión de negocio no implica únicamente la entrega del establecimiento y demás elementos materiales que lo integran por parte del vendedor, si no que también existe una realidad intangible que debe ser transferida al nuevo titular. En tanto que lo que se transmite es la empresa en sí, se debe considerar implícita la obligación de colocar al adquirente en condiciones óptimas de utilización y

²⁸ Rojo, A., (2011) “El establecimiento mercantil”. En Menéndez, A. / Rojo, A. [Dir.] *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I (pp.106-107). Cizur Menor, España: Civitas-Thomson Reuters.

²⁹ Sánchez Calero, F. / Sánchez Calero, J. (2013) *Instituciones de Derecho Mercantil* 36 ed., Volumen II. Cizur Menor, España: Thomson Reuters, p. 276

explotación de la organización. Como sostiene Rojo (2011)³⁰ se trata de mantener la situación competitiva previa alcanzada por el transmitente.

Esta cuestión ha sido abordada por la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP 164/2008, de 9 de mayo, JUR 2008/317716) al referirse a la transmisión de la clientela y expectativas de negocio. Dado el carácter intangible que impide su cesión directa, el mencionado órgano jurisdiccional alude a dos obligaciones por parte del vendedor:

- Una obligación positiva o de hacer, consistente en entregar al adquirente una lista con los proveedores y clientes o informarles del cambio de titularidad. Esta imposición no sólo debe ser comprendida en términos de clientela, si no también en el deber de cesión del *“know-how”*, y formas de organización de la empresa.
- Una obligación negativa o de abstención, normalmente materializada en un *“pacto de no competencia”* con limitaciones territoriales, temporales y de producto.

La citada obligación de no competencia por parte del transmitente no se circunscribe en exclusiva a su previsión en un pacto contractual, si no que puede ser predicada con carácter implícito sobre la buena fe del propio contrato de compraventa. Al amparo de lo dispuesto en los artículos 1258 CC (*“Los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe”*) y 57 CdC (*“Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe (...) ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”*) la doctrina del Tribunal Supremo (STS 301/2012 de 18 de mayo, RJ 2012/6360) ha venido a reconocer la innecesariedad de que esta obligación sea expresamente pactada por las partes para que despliegue efectos.

En suma, D^a Teresa Medina encuentra en la obligación de no competencia del transmitente un fundamento jurídico a sus quejas por la pérdida de clientela, si bien corresponde ahora examinar si se han vulnerado o no las limitaciones a la misma por D^a Soledad.

La falta de una regulación expresa al respecto en el ámbito de la compraventa no ha permitido la delimitación concreta y cuantitativa de estos límites, delegando la decisión en base a criterios de prudencia y razonabilidad en cada caso concreto. En este sentido se pronunció el TDC en la Resolución de 15 de septiembre de 1993 al afirmar que *“es necesario analizar, para cada caso concreto, la duración y el alcance de los pactos de no competencia y las restricciones de competencia que conllevan en cuanto al mercado de producto y el territorio afectado”*. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado los límites de esta obligación en tres ámbitos: temporales, geográficos y de producto.

En el plano temporal la ausencia de regulación ha conducido a la remisión a las previsiones legales de situaciones análogas, como el contrato de agencia – la LCA en su artículo 20 establece un plazo máximo de no competencia de dos años desde la extinción del contrato-. La SAP 164/2008 de Barcelona ya mencionada justifica su aplicación en que *“Se entiende que ese plazo de dos años sería en todo caso suficiente para consolidar la clientela”*. Igualmente se alude en el mismo texto jurisprudencial al

³⁰ Rojo, A., (2011) *“El establecimiento mercantil”*. En Menéndez, A. / Rojo, A. [Dir.] *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I (pp.113-114) Cizur Menor, España: Civitas-Thomson Reuters

Derecho comunitario, que sitúa la duración de las cláusulas de no competencia en dos o tres años como límite³¹.

Los límites geográfico y de producto aluden, en palabras de autores como Rojo (2011)³², al ejercicio de actividades empresariales que correspondan al "mismo o análogo género" que la del negocio transferido, en un municipio distinto al domicilio del establecimiento vendido.

La observación de los hechos refleja que D^a Soledad procedió a la apertura de un establecimiento en el mismo municipio, apenas tres meses después de la transmisión, lo que conduce a considerar vulnerados los límites espaciales y temporales. Sin necesidad de acudir a plazos en instituciones análogas resulta lógico que tres meses no sean suficientes para el afianzamiento de la posición del adquirente. Más dudas presenta lo relativo al límite objetivo, al constituir actos diferentes la confección -*hechura de prendas de vestir*-, de acuerdo a la RAE- y los arreglos textiles -*acción y efecto de arreglar*-, en este caso, prendas textiles-. No existe una identidad plena pero sí una analogía en el género -ambos pertenecen al sector textil- que a juicio de quien suscribe permite entender vulnerado también la citada limitación.

Finalmente, toda vez que se entiende vulnerada la obligación de no competencia por parte de D^a Soledad consideramos incumplido el contrato de compraventa de empresa en ese punto. Al respecto D^a Teresa podría invocar el artículo 1098 CC, párrafo segundo, en relación con el 1099 CC sobre las obligaciones de no hacer: "*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandara ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciera contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*". En relación con una posible indemnización, se considera que habría que aguardar al eventual quebranto de la sentencia firme para su reclamación, en los términos del 710 LEC:

"Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, (...) para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial"

4.5.2 Responsabilidad extracontractual

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 164/2008, de 9 de mayo, (JUR 2008/317716) reconoce la posibilidad de exigencia de responsabilidad en el ámbito extracontractual por el incumplimiento de la obligación de no competencia que nos ocupa. El marco legal al respecto lo constituye la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, cuya aplicación debe ser contrastada en primer lugar.

Los artículos 2 y 3 LCD fijan respectivamente los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la norma a actos "*que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales entre empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado*". Desde esta óptica los hechos acaecidos gozan de pleno encaje en la referida norma.

³¹ Decisión 1 de septiembre de 2000 de la Comisión Europea (Caso Clayton Dubilier & Rise /Italtel)

³² Rojo, A., (2011) "El establecimiento mercantil". En Menéndez, A. / Rojo, A. [Dir.] *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I (p.114) Cizur Menor, España: Civitas-Thomson Reuters

En segundo lugar corresponde examinar la incardinación de la conducta con el concepto de acto desleal propuesto por la LCD. El artículo 4 –artículo 5 de la versión vigente en 2004- de la misma *“reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*; circunstancia que ha sido contrastada en tanto que la competencia ejercida por el vendedor no se adecuaba a las exigencias de buena fe del acto de compraventa.

Por último se deben señalar las acciones que asisten a D^a Teresa frente a D^a Soledad. Son varias las opciones posibles a ejercer, mencionadas en el artículo 32 LCD –artículo 18 de la versión vigente en 2004-. A nuestro interés destacaremos la acción de cesación de la conducta desleal (32.2º) y la acción de resarcimiento por daños y perjuicios si se logra probar el dolo o culpa en el incumplimiento (32.5ª). Ambas acciones están sometidas a un plazo de prescripción de un año desde que pudieron ejercitarse, y de tres años desde el fin de la conducta (Art. 35 LCD concordante con el art. 21 en la versión vigente en 2004).

4.6 CONCLUSIONES

A criterio de quien suscribe el presente dictamen, la posible solución a las controversias suscitadas entre D^a Teresa y D^a Soledad puede recapitularse en lo siguiente:

- El importe de 8.500 euros correspondiente a las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación de las dos trabajadoras habrá de ser satisfecho por parte de D^a Teresa. Ahora bien, en virtud de la cláusula contractual entre comprador y vendedor esta podrá hacer valer la misma en el orden civil frente a D^a Soledad, que deberá abonarle la cantidad correspondiente.

- La factura a nombre del establecimiento, presentada al pago el 23 de diciembre de 2004, y correspondiente a obras realizadas en mayo y junio del mismo año deberá ser abonada por D^a Soledad. No obstante, podría proceder al pago D^a Teresa y posteriormente repetir el mismo hacia la figura de la transmitente.

- El descenso en la afluencia de clientes a partir de noviembre de 2004 se considera causado por el incumplimiento de la obligación de no competencia por parte de D^a Soledad, implícita en la buena fe contractual. La vendedora deberá pues cesar en su conducta competencial, al menos el tiempo razonable que permita consolidar la nueva titularidad. Igualmente desde el plano extracontractual de la LCD D^a Teresa podrá entablar acción de cesación o de indemnización frente al acto de competencia desleal.

5. POSIBILIDADES DE NULIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIALES Y MEDIOS DE ACTUACIÓN DE LOS SOCIOS DISCONFORMES FRENTE A LOS ADMINISTRADORES.

5.1. INTRODUCCIÓN

En la presente cuestión son planteadas una serie de interrogantes que giran en torno a la Junta General de accionistas de una S.L. Se propone examinar la posible incursión en causa de nulidad de los acuerdos adoptados en la misma, al tiempo que son solicitados los pertinentes medios de los que gozan los socios disconformes frente a la controvertida actuación de los administradores de la sociedad. A este respecto se estudiará el eventual nacimiento de responsabilidades penales en sus conductas.

5.2. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

La posible nulidad de un acuerdo social adoptado por la Junta General Ordinaria puede ser instada mediante la impugnación del mismo. Este mecanismo, reconocido por el artículo 93 TRLSC y regulado en el artículo 204 de la misma norma, ha sido definido por académicos como Muñoz y Tortuero (2013)³³ como “*un mecanismo delimitador del ámbito de soberanía de la Junta General de una sociedad*”. El citado artículo 204 TRLSC, en su primer apartado, hace referencia a que serán impugnables los siguientes tipos de acuerdos sociales:

- Acuerdos contrarios a la ley.
- Acuerdos contrarios a los estatutos sociales o al reglamento de la junta de la sociedad.
- Acuerdos contrarios al interés social en beneficio de socios o terceros

En las circunstancias relativas a los hechos que resultan de interés, la impugnación de los acuerdos sociales encontraría su fundamento en su carácter contrario a la ley, debiendo establecer una distinción causal en dos sentidos. Por un lado, la eventual nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión y aplicación del resultado, al entenderse transgredido el derecho de información de los socios D. Alejandro y D^a Inmaculada. Por otra, la oposición a la aprobación de la gestión del Consejo de Administración, con base en el incumplimiento de los deberes de lealtad inherentes a la figura del administrador, concretamente del Presidente D. Gonzalo de Ulloa.

5.2.1. Legitimación, caducidad y procedimiento

Se encuentran legitimados activamente para la impugnación de los acuerdos sociales “*los socios que hubieren adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital social*”(206.1 TRLSC). D^a Inmaculada y D. Alejandro ostentan la condición de accionistas desde mayo de 2006 –la junta se celebra en 2015– representando conjuntamente el 40 % del capital social, luego su legitimidad activa es plena.

En relación con la caducidad, el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación es de un año, a contar desde la fecha de adopción del acuerdo en junta (205 TRLSC). Para su adecuada tramitación habrán de seguirse los cauces del juicio ordinario (249.1.3^o LEC).

³³ Muñoz, C., Tortuero, J. (2013) “Algunas cuestiones prácticas sobre la impugnación de acuerdos sociales”. *Revista Aranzadi Doctrinal* (8, parte Estudio).

5.2.2. Vulneración del derecho de información

Con carácter general, el artículo 93 del TRLSC enuncia entre los derechos inherentes a la figura del socio el derecho de información, de carácter eminentemente político y funcional.

En el ámbito concreto de las sociedades de responsabilidad limitada el derecho de información es tratado en el artículo 196 TRLSC de la forma siguiente:

“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. (196.1 TRLSC)”

Se reconoce pues el derecho que asiste como socios a D. Alejandro y D^a Inmaculada a obtener la información necesaria sobre una materia, las cuentas anuales, que forman parte del orden del día de la Junta. Ello se desprende no sólo de la información aportada por el supuesto de hecho, si no también del carácter ordinario de la Junta General, que encuentra obligatoriamente entre sus puntos del día el *“aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado”* (164.1 TRLSC). Profundizando en el marco normativo de las cuentas anuales encontramos el contenido del artículo 272.2 TRLSC que supone el fundamento definitivo del derecho de información en el caso que nos ocupa:

“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, la documentación solicitada por parte de los socios disconformes corresponde a la partida de ingresos de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2014. Sabemos que esta forma parte de las cuentas anuales de acuerdo a lo estipulado en el artículo 254.1 TRLSC, por lo que la idoneidad documental de lo solicitado se considera igualmente cumplida.

Únicamente existe una excepción al derecho de información de los socios en la SL, y es que la publicidad de la información requerida por los socios constituya, a juicio de los administradores, un perjuicio para el interés social (192.2 TRLSC). En este sentido el mencionado obstáculo, es superable en cualquier caso cuando la solicitud sea efectuada por socios que *“representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social”* (192.3 TRLSC). Los socios solicitantes poseen conjuntamente un 40% del capital social de la entidad, y por tanto, invalida la argumentación esgrimida por D. Gonzalo de Ulloa al denegarles la documentación solicitada en base a razones de confidencialidad y perjuicio del interés social.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto del derecho de información sobre las cuentas anuales. En la STS 531/2013 de 19 de septiembre (RJ 2013/6401) se manifiesta que:

“El socio, además de tener derecho a examinar y obtener los documentos enumerados en el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 272.2. TRLSC), (...) tiene derecho a requerir detalles de las partidas que han dado lugar, por agregación, a los importes consignados en los

diversos apartados del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias, y el órgano de administración deberá contestar siempre que concurran los indicados requisitos que operan como límite a la obligación de transparencia.”

Reconocida la licitud del ejercicio del derecho de información con relación a las cuentas anuales el citado órgano jurisprudencial –en la sentencia citada- también ha convenido establecer tres requisitos para su adecuado ejercicio:

- La inclusión de la información solicitada en los términos del orden del día. Esta circunstancia ha resultado cumplida como ha sido expuesto en líneas anteriores.
- Si la información es requerida por escrito, como es el caso, debe ser solicitada entre la fecha de la convocatoria de la junta y el séptimo día anterior al fijado para la celebración de la misma. El 15 de junio de 2015 tiene lugar la Junta General Ordinaria y la solicitud se remite a la sociedad el 9 de Junio, cumpliendo de esta manera la exigencia dentro del límite permitido.
- Que la publicidad de la información no perjudique al interés social. Es importante la clara advertencia del tribunal en el sentido de que *“no puede identificarse con el interés de los administradores en esconder ciertos detalles de su gestión”*. Lo declarado por el órgano jurisdiccional refuerza más si cabe la improcedencia de la negativa del presidente del Consejo de Administración a entregar la documentación solicitada, en tanto que cabría considerarlo una forma de ocultar los aparentes negocios ilícitos llevados a cabo.

Es por todo ello por lo que se entiende vulnerado el derecho de información de los socios D.Alejandro y D^a Inmaculada, infringiendo los preceptos legales en la materia y legitimando de esta forma la impugnación de los acuerdos relativos a la aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión y aplicación del resultado.

5.2.3. Vulneración del deber de lealtad de los administradores

Entre los deberes fiduciarios de los administradores en el ejercicio de su cargo consagrados legalmente, el artículo 227 TRLSC se refiere al deber de lealtad, al exigir el desempeño *“con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”* (227.1 TRLSC). Desde un punto de vista académico la infracción de este deber ha sido definida por Oriol (2013) en los siguientes términos: *“aquellas conductas de los administradores que, ante una situación de conflicto entre el interés de la sociedad y el suyo propio, supongan la obtención de ventajas por estos a expensas de la sociedad”*³⁴

La aparente conducta llevada a cabo por D. Gonzalo de Ulloa, consistente en el arrendamiento de la mitad del almacén a un primo suyo a un precio notoriamente inferior al valor de mercado es considerada contraria al deber de lealtad en la administración. Obviamente habrán de ser probadas las sospechas que D.Alejandro y D^a Inmaculada tienen al respecto de los hechos. No obstante, considerando probadas las mismas la conducta resulta visiblemente lesiva al interés de la sociedad en los términos

³⁴ Oriol, J., (2013) “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”. En Beltrán, E. / Rojo, A. / Campuzano, A.B. [Coord.]. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5 ed. (p.33). Valencia, España: Tirant lo Blanch Tratados

del ya citado 227.1 TRLSC, en tanto que los ingresos susceptibles de obtención con ese arrendamiento podrían ser superiores, o al menos equiparables al valor de mercado de lo arrendado, y no los 100 euros que denotan un ánimo lesivo hacia el interés de la sociedad.

Además, se considera que concurre una situación de conflicto de intereses en la actuación de D.Gonzalo, contraria a las exigencias del artículo 228.e del TRLSC, que obliga a *“adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.”* El conflicto de intereses ha sido concebido por autores como González-Meneses (2015) a través de dos componentes básicos: un interés concurrente y un conflicto o contradicción entre ellos³⁵. En relación al caso que nos ocupa dos son los intereses en juego, ambos de contenido económico; la obtención de beneficios de toda sociedad capitalista y un interés particular en conseguir un arrendamiento en unas condiciones ventajosas. La titularidad de este último recae en un tercero ajeno a la relación de administración, que nos lleva a catalogar la situación como conflicto de intereses indirecto³⁶. Su relación con el administrador D.Gonzalo viene determinada por un vínculo parentesco, que si bien no se incluye entre los supuestos tasados de personas vinculadas del artículo 231 TRLSC sí se considera de importancia en la generación del conflicto. Autores como González-Meneses (2015) han reconocido la existencia de una vinculación generadora de conflicto de intereses más allá de los supuestos tasados en la ley. Aluden al hecho de que la presunción *iuris et de iure* de personas vinculadas del 231 TRLSC no excluye que otras vinculaciones de hecho puedan ser probadas.

Por último, con el fin de evitar posibles dudas acerca de una posible incardinación de los hechos en el supuesto de autocontratación del artículo 229.1.a del TRLSC se ha de señalar que rechazamos tal interpretación. La causa de ello, para Díaz (2014)³⁷, radica en que no es el administrador quien lleva a cabo la contratación con la sociedad, si no un tercero vinculado a él.

En resumen, un administrador actuando de forma ajustada a la exigencia de buena fe y defensa del interés social debería haber sido consciente que su conducta podría suponerle la generación de un conflicto de interés, manifestado en la pérdida de beneficios por parte de la sociedad y denotando una preferencia en la atención de los interés de ese tercero con preferencia a los de la sociedad. Por ello se considera procedente por contraria a la ley la impugnación del acuerdo de aprobación de la gestión de la Administración de la entidad.

³⁵ González-Meneses, M., (2015). “Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses”. En Martínez-Echevarría, A. (Dir.). *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y las Reponsabilidad de los Administradores* (p. 554). Cizur Menor, España: Thomson Reuters Aranzadi

³⁶ La Sentencia 246/2013 de 30 de octubre del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Madrid (AC 2013/2043) define el interés indirecto: *“El interés es indirecto cuando el administrador no asume el papel de parte contratante en su propio nombre, sino que el contrato se cierra con una sociedad administrada o dominada en cualquier forma por el administrador, o se concluye con un acreedor suyo, o con cualquier persona cuyos intereses están estrechamente vinculados a los del administrador»*.”

³⁷ Díaz, A. (2014). La Ley de Reforma de la LSC: Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de operaciones vinculadas). *Análisis GA&P, Diciembre 2014*, p.3. Recuperado de <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas.pdf>

5.3. MEDIOS DE ACTUACIÓN DE LOS SOCIOS DISCONFORMES

5.3.1 Acción social de responsabilidad

La considerada infracción del deber de lealtad por parte del administrador D. Gonzalo de Ulloa nos conduce a la remisión al artículo 232 del TRLSC, que pronuncia en el siguiente sentido:

“El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.”

El citado precepto actúa como recordatorio de las posibles acciones que el ordenamiento jurídico presenta ante infracciones en el deber de lealtad: acción de reponsabilidad de administradores, acción de impugnación de los acuerdos sociales, acción de anulación de los actos y contratos, y acción de cesación o remoción.

En cualquier caso, parte de la doctrina civilista (Paz Ares, 2015)³⁸ defiende, por razones de coherencia sistemática y especialidad, la aplicación preferente de la acción de impugnación frente a la acción de anulación del Derecho común cuando de un acuerdo social se produzca una infracción del deber de lealtad. Es necesario recordar que la cuestión planteada versa sobre la posibilidad de declaración de nulidad de los acuerdos sociales de la junta, y no del contrato de arrendamiento en sí. Sobre esta última circunstancia sí cabría el estudio de una posible aplicación de la acción de anulación del Derecho Común, que por razones de extensión no será abordada en este caso.

Del mismo modo, la aplicación de la acción de cesación y remoción ha sido circunscrita por sectores jurisprudenciales al ámbito de la competencia desleal. Un ejemplo de ello lo constituye la SAP de Barcelona de 13 de enero de 2009, al enmarcar esta acción dentro de los actos de competencia desleal, que en ningún caso resultan de aplicación en el supuesto que nos atañe.

Una vez rehusada la aplicación de las acciones de anulación y cesación sólo dos son las vías de actuación ante la infracción del deber de lealtad: la ya abordada acción de impugnación y la acción de responsabilidad de la administración, que gozan de compatibilidad legal para su ejercicio.

La acción social de responsabilidad encuentra su fundamento en el artículo 236 TRLSC, que fija el alcance de la responsabilidad de los administradores sociales, según el cual:

“Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados

³⁸ Paz Ares, C. (2015). “Anatomía del deber de lealtad”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (39) pp. 43 y ss.

incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.”

La vulneración de uno de los deberes legalmente previstos por parte de D. Gonzalo Ulloa le obliga a responder frente a la sociedad y a sus socios en aras del resarcimiento del daño patrimonial causado a la sociedad.. Como integrante de un Consejo de Administración podría cuestionarse la extensión de la responsabilidad a los restantes integrantes del órgano. Para ello el artículo 237 del TRLSC reconoce el carácter solidario de la responsabilidad, salvo que acrediten estos su desconocimiento u oposición expresa al acto contrario al deber de lealtad. Será pues, labor de D. Daniel López y D^a Teresa Medina acreditar tales extremos.

En cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad dos son las posibles opciones para su ejercicio:

- Mediante solicitud de cualquier socio a la sociedad para que esta la entable, en cuyo caso requerirá de acuerdo de la junta general. (238 TRLSC).
- Directamente por socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social. Esta vía estará disponible sólo ante supuestos de inactividad de la sociedad (239, párrafo primero, TRLSC).

De especial atención al caso resulta la excepción recogida en el párrafo segundo del mencionado artículo 239 del TRLSC, al reconocer que *“El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.”* Se reconoce así la posibilidad de que los socios D. Alejandro y D^a Inmaculada puedan ejercitar directamente la acción social de responsabilidad frente a D. Gonzalo de Ulloa, sometida a un plazo de prescripción de cuatro años desde que pudiera ejercitarse (241 bis TRLSC).

5.3.2. Posibles consecuencias penales

La responsabilidad de los administradores anteriormente expuesta, de carácter civil, no debe ser confundida con la eventual responsabilidad penal que pueda generar su actuación al frente de la sociedad (Rojo, 2011)³⁹.

Los hechos llevados a cabo por D. Gonzalo de Ulloa pueden enmarcarse en dos tipos penales:

- Por un lado, el delito de disposición fraudulenta de bienes de la sociedad castigado por el artículo 295 CP vigente hasta el 30 de junio de 2015⁴⁰- aplicable en el momento de la comisión de los hechos de acuerdo al artículo 7 CP-. El citado precepto se pronuncia así:

³⁹ Rojo, A., (2011) “El establecimiento mercantil”. En Menéndez, A. / Rojo, A. [Dir.] *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I (p.509) Cizur Menor, España: Civitas-Thomson Reuters

⁴⁰ La reforma del Código Penal mediante la LO 1/2015, en vigor desde el 1 de julio de 2015, sustituye este precepto por el artículo 252 referido a la administración desleal: *“Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.”*

“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.”

El contrato de arrendamiento aparentemente concertado entre el administrador D.Gonzalo y un tercero al que le une un estrecho vínculo, mediante el cual cede la mitad del almacén social por una renta muy inferior al valor de mercado es una disposición eminentemente perjudicial para la sociedad desde una perspectiva económica.

- Por otra parte, el tipo penal del artículo 293 CP relativo al impedimento del ejercicio de los derechos sociales:

“Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, (...) serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.”

En relación a este último delito debe destacarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo –STS 91/2013 de 1 de febrero, RJ 2013/1847- exige una interpretación restrictiva para la aplicación del tipo, requiriendo que las conductas contrarias a los derechos sociales obstaculicen gravemente su ejercicio, perteneciendo el resto de casos a la protección que el propio derecho mercantil establece en ese sentido⁴¹. De acuerdo a esto, si considerásemos de forma aislada la infracción del derecho de información no se entendería con la suficiente gravedad como para la exigencia de responsabilidades penales.

No obstante, la concepción unitaria de la conducta del administrador, que aparentemente oculta la información a los socios con el fin de no revelar sus negocios de dudosa licitud, nos lleva a entender la comisión de ambos delitos en la forma de concurso medial (77 CP). El impedimento en el ejercicio de los derechos sociales (293 CP) es utilizado instrumentalmente para ocultar la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad (295 CP -actual 252 CP referido a la administración desleal-).

5.4 CONCLUSIONES

A modo conclusivo, la respuesta a la cuarta cuestión del supuesto es susceptible de resumen en los siguientes puntos:

⁴¹ *“Pero está fuera de dudas que la amenaza de una pena, asociada al incumplimiento de ese deber definido por la legislación mercantil, sólo adquiere sentido cuando se reserva el derecho penal para las formas más graves de obstaculización del ejercicio de aquel derecho. Las conductas abarcadas por el tipo previsto en el art. 293 del CP no pueden ser definidas a partir de un automatismo en la penalización de todo aquello que no se ajuste a las exigencias del derecho mercantil, sobre todo, cuando éste conoce mecanismos de reparación igual de eficaces y, lo que es más importante, sin los efectos añadidos que son propios de toda condena penal.”* (Fundamento jurídico IV de la STS 91/2013 de 1 de febrero, RJ 2013/1847)

- La nulidad de los acuerdos sociales puede ser invocada por los socios D.Alejandro y D^a Inmaculada a través de la acción de impugnación que el TRLSC establece, cumpliendo todos los requisitos legalmente exigidos para su ejercicio. El fundamento de la misma deberá asentarse en en la infracción del derecho de información – para el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales- y en la vulneración del deber de lealtad del administrador D.Gonzalo –para el acuerdo de aprobación de la gestión del Consejo de Administración.
- El incumplimiento del deber de lealtad en la administración legitima también a los socios disconformes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad dirigida a resarcir el daño patrimonial causado con la conducta ilícita.
- La citada acción, junto a la exigencia de responsabilidades penales por administración desleal y obstaculización del derecho de información constituyen, en juicio de quien suscribe, los medios de actuación de los socios disconformes frente a los administradores.

6. POSIBILIDADES DE COBRO DE UN ACREEDOR DE "A TU MEDIDA S.L"

6.1. INTRODUCCIÓN

La atribución de la responsabilidad por las deudas sociales constituye el eje sobre el que versa la controversia de esta cuestión. Abordaremos en primer lugar la problemática desde una perspectiva general, para posteriormente traer a colación la doctrina de levantamiento del velo, un elemento nuclear para la adecuada calificación de los acontecimientos.

6.2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL DE LA SOCIEDAD

La regla general en el ámbito de las sociedades de capital es el principio de separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios que la integran. Ello supone que la responsabilidad frente a los acreedores se circunscriba habitualmente al capital aportado a la sociedad. En las sociedades de responsabilidad limitada dicha limitación se manifiesta en el artículo 1.2 del TRLSC de la siguiente forma: *"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."*

En consecuencia, un acreedor de "A Tu Medida S.L", desde una perspectiva general, deberá dirigirse frente a la sociedad para cobrar su crédito. Su fundamento radica en el principio de responsabilidad patrimonial universal de la sociedad como ente con personalidad jurídica. Esta se encuentra obligada a hacer frente al cumplimiento de las obligaciones sociales con el patrimonio social, en virtud de los artículos 1.089 y 1.911 CC.

6.3. DOCTRINA DE LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Lo exhibido constituye el supuesto genérico y habitual de responsabilidad de la sociedad frente a sus acreedores. Ahora bien, en ocasiones los socios pueden llegar a hacer un uso indebido de esta independencia entre patrimonios, llevando a cabo conductas fraudulentas escudadas bajo la limitación de responsabilidad mencionada. Por esta causa el Tribunal Supremo ha venido aplicando la denominada doctrina del levantamiento del velo societario, definida por el mismo tribunal como *“el procedimiento para descubrir y reprimir, en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude cometido.”* (SSTS de 28 de enero de 2005 y 3 de abril de 2009). Mediante esta técnica los tribunales pueden penetrar en el interior de la sociedad, extendiendo la responsabilidad a sus socios por sus conductas fraudulentas.

Entre los supuestos de hecho para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo se encuentra el abuso del derecho, con el fin de *“evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás”* (Seoane Spiegelberg, p.20)⁴². Centrándonos en el supuesto que nos ocupa el Tribunal Supremo ha venido a reconocer el uso de la citada doctrina en los casos en que una sociedad con deudas se coloca en una situación de inactividad, al tiempo que otra nueva se beneficia de esta circunstancia, transfiriendo parte de sus activos sociales. La STS 665/2006 de 29 de junio (RJ 2006/3976) se refiere a tal extremo, pronunciándose en su fundamento segundo de forma inequívoca al respecto:

“De los diversos hechos apreciados en las dos resoluciones de instancia – primera y apelación– se deduce con meridiana claridad que los cónyuges Dn. Jose Enrique y Dña. Inés (...) se confabularon para la desaparición de hecho de Aula Técnica de Opositores, SA, (...) y su sustitución (sucesión empresarial encubierta) por Formación Para la Empresa Pública y Privada, SL, hasta el punto de que esta entidad, con el mismo objeto social, contrató a trabajadores que habían pertenecido a la primera y continuó sus actividades. Con tal maniobra se produjo una situación fraudulenta para los acreedores de la primera, que, una vez descubierta la maquinación, y por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, determina la condena de la segunda sociedad –como real continuadora de la anterior– a pagar lo debido por la primera”.

La conducta llevada a cabo por parte de D. Daniel y D^a. Teresa, consistente en dejar inactiva la sociedad *“Tu Piel S.L.”* a causa de las deudas sociales, y posteriormente la apertura de una nueva entidad, con el mismo objeto social y contratando a los mismos empleados goza de una plena identidad con los hechos de la sentencia mencionada. De esta forma la responsabilidad se entiende extendida a la segunda sociedad.

No obstante debemos ir más allá, considerando que resulta apreciable un abuso de derecho por parte de ambos socios, excediendo el normal uso que el ordenamiento ha previsto para las formas societarias. El artículo 7 del CC se considera vulnerado al haber traspasado tanto la buena fe como *“los límites normales del ejercicio de un derecho”* (7.2 CC). La limitación de la responsabilidad en el ámbito de las sociedades mercantiles debe entenderse como una previsión favorable al ejercicio de actividades empresariales

⁴² Seoane Spiegelberg, J.L. (2012) *“El Levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil”*. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* (42) pp. 9-24

sin poner en riesgo el patrimonio personal del socio. No parece ser este un caso en el que los hechos acaecidos estén motivados por la buena fe, lo que nos conduce a considerar de aplicación la doctrina del levantamiento de velo hacia la persona de ambos socios.

Una vez ha quedado demostrada, a nuestro juicio, la concurrencia del levantamiento del velo se plantea un importante interrogante. La obligación por parte de D. Daniel y D^a. Teresa de hacer frente personalmente a las deudas de la primera sociedad resulta lógica por el abuso cometido precisamente con el aparente fin de eludir estas mediante la inactividad y posterior creación de otra sociedad.

Sin embargo esto no parece ser lo planteado en la cuestión del supuesto de hecho. La consulta alude a las posibilidades de cobro de un acreedor de la nueva sociedad "A Tu Medida S.L."; pudiendo interpretar la misma en dos sentidos: considerando a los acreedores de esta sociedad como nacidos de la propia actividad de la nueva sociedad, o bien entendiendo que los acreedores de "A Tu Medida S.L." son los de la sociedad previa, al considerar el levantamiento del velo implícito en la propia pregunta.

En cualquier caso, la argumentación será similar al basarse en ambos casos en el abuso de forma jurídica (7.2 CC). La segunda alternativa ha quedado ya razonada en líneas anteriores, por lo que corresponderá fundamentar la extensión de la responsabilidad personal por las deudas de la nueva sociedad.

Una de las múltiples definiciones de la doctrina del levantamiento del velo hace referencia al "uso de la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento" (STS de 17 de octubre de 2000, RJ 2000/8046). Encontramos aquí un eje central de nuestro razonamiento, poniéndolo en relación con la situación de los anteriores acreedores. Si resulta apreciable que D. Daniel y D^a. Teresa han obrado en abuso de derecho con respecto a los anteriores acreedores mediante la creación de una nueva sociedad querrá decir que esta nueva entidad constituye una manifestación de esa conducta ilícita. Por ello, los nuevos acreedores podrán esgrimir igualmente que se levante el velo y se les haga responsables personales también por sus deudas. Como sociedad creada como instrumento para el abuso de derecho se entiende justificado que los socios respondan personalmente de las deudas que la sociedad haya contraído.

6.4. CONCLUSIONES

El estudio de la cuestión concurrente nos ha llevado a razonar los puntos que a continuación se detallan:

- Con carácter general la responsabilidad por las deudas sociales se circunscribe exclusivamente al patrimonio social, de acuerdo al principio de responsabilidad patrimonial universal. De esta forma los socios sólo responden por el capital aportado a la sociedad.
- Consideramos la conducta llevada a cabo por D^a Teresa y D. Daniel como constitutiva de un abuso de forma jurídica dirigido a beneficiarse de la responsabilidad limitada. Ambos sujetos han constituido la nueva sociedad con el fin de eximirse de las deudas contraídas con anterioridad, obrando en claro abuso de derecho. Se concluye por ello, que será de aplicación la doctrina jurisprudencial de levantamiento del velo societario. Los acreedores de "Tu Piel S.L." podrán dirigirse contra el patrimonio personal de ambos socios.

- Los acreedores de "A Tu Medida S.L." se entienden igualmente legitimados para reclamar sus deudas contra el patrimonio de D. Daniel y D. Teresa, escudándose en el carácter instrumental de la sociedad como manifestación del abuso de forma jurídica. La nueva entidad ha sido constituida con un propósito ilícito que justifica la extensión de la responsabilidad personal en virtud del levantamiento del velo.

7. CONTROVERSIA RELATIVA A LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

7.1. INTRODUCCIÓN

La última consulta planteada nos conduce a examinar la temática relativa a la retribución de los administradores de las sociedades de capital. Concretamente es solicitado un estudio acerca de la licitud de la remuneración percibida por un administrador social cuando los estatutos no establezcan tal onerosidad. En caso de concluir la ilicitud de tal retribución deberemos indagar acerca de las posibles formas de reacción de la sociedad.

7.2. ¿PUEDE PERCIBIR D^a. TERESA LOS 2.000 EUROS MENSUALES EN CONCEPTO DE RETRIBUCIÓN COMO ADMINISTRADORA, SI LOS ESTATUTOS NO CONTEMPLAN DISPOSICIÓN ALGUNA AL RESPECTO?

La remuneración de los administradores de las sociedades de capital se encuentra regulada en el artículo 217 del TRLSC. Al respecto se pronuncia el citado precepto de la siguiente manera: *"El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración."*. De esta forma, y tomando en consideración la ausencia de disposición estatutaria alguna al respecto se ha de considerar el carácter ilícito de la remuneración de 2.000 euros mensuales percibida por parte de D^a Teresa como administradora de "A Tu Medida S.L."

Recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo para sostener nuestra postura encontramos la STS 412/2013 de 8 junio (RJ 2013/4632). La citada sentencia defiende la exigencia de la constatación estatutaria de la remuneración de los administradores de las sociedades de capital, en base a dos criterios: el derecho de todo socio de estar al corriente de la cantidad percibida por los administradores por el ejercicio de sus funciones, y por otra parte, para evitar conductas discrecionales de estos en la fijación de sus remuneraciones.

El expuesto texto jurisprudencial alude igualmente a una posibilidad en la que sí se encuentra justificada la retribución percibida por los administradores aún no existiendo previsión estatutaria en ese sentido. Esta es la referida a la existencia de un vínculo contractual entre administrador y sociedad, mediante el cual el primero preste servicios diferentes a las funciones que aglutina la figura de la administración. La mencionada

vía podría representar la argumentación a esgrimir por parte de D^a Teresa en un eventual litigio, basándose en que las labores de “gestión de la política general de la empresa” difieren de las atribuciones típicas de todo administrador. Este razonamiento ha sido también desechado por la STS 412/2013, que ha incluido la llevanza de la política general de la empresa entre las funciones de todo administrador social.⁴³ En relación a lo razonado resulta traer a colación el contenido del artículo 209 del TRLSC relativo a la competencia del órgano de administración: “*Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.*”. De su interpretación se puede llegar a entender subsumida la llevanza de la política general de la empresa dentro del concepto de gestión de la entidad, desechando de este modo la argumentación basada en una distinción entre las actividades ejercitadas por D^a Teresa como administradora y las desarrolladas en virtud de una relación contractual de prestación de servicios.

7.3. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE D. DANIEL ANTE EL DESACUERDO FRENTE A LA RETRIBUCIÓN.

D. Daniel López tendrá la opción de interponer una demanda de juicio ordinario de acción social de responsabilidad, en la que solicite el resarcimiento de las cantidades percibidas por D^a Teresa procedentes de la sociedad en base a la infracción del artículo 217 del TRLSC. Los 2.000 mensuales recibidos en concepto de retribución no encuentran justificación en disposición estatutaria alguna ni se tiene constancia de ninguna relación contractual diferente entre la demandada y “A Tu Medida S.L” que haya sido aprobada por la junta de la sociedad. En cualquier caso, las funciones desempeñadas por D^a Teresa corresponden a las propias de un administrador social, rebatiendo a todas luces esta segunda alternativa.

El procedimiento para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, ya expuesto en cuestiones anteriores de este informe, tiene su razón de ser en el 236 del TRLSC, que establece la responsabilidad social del administrador por actos contrarios a la ley. La acción puede ser ejercitada por la propia sociedad o por el propio socio. La primera alternativa, al requerir de previo acuerdo de la junta general (238.1. TRLSC) no goza de utilidad en este caso, en tanto que será ejercida a instancia de D. Daniel. El artículo 239.1 del TRLSC le legitima en este sentido, al ostentar una participación superior al cinco por ciento del capital social y no existir probabilidades de acuerdo anterior de la junta general.

En síntesis, el fundamento de la acción social de responsabilidad versará sobre la declaración de ilicitud de la remuneración percibida por parte de D^a Teresa, así como su proclamación como responsable de los daños causados a la sociedad a causa de ese cobro de carácter contrario a la ley.

⁴³ “no se considera suficiente para apreciar la concurrencia del elemento objetivo de distinción entre actividades debidas a la sociedad como administrador y las debidas por una relación contractual, la afirmación que la sentencia recurrida hace de que el Sr. Jose Pablo , como un plus respecto de su condición de administrador social, llevaba la política general de la empresa, pues esta es una de las funciones típicas de la administración social; o que el Sr. Jose Pablo realizaba actividades que la sentencia resume considerando que se trataba «en una palabra, de gestionar la sociedad» o que se trató de «remuneración de la prestación de sus servicios de gestión para la sociedad», porque las actividades de gestión social son también propias del administrador” (Fundamento Jurídico III, STS 412/2013 de 8 junio (RJ 2013/4632).

7.4. CONCLUSIONES

Fruto de lo expuesto anteriormente hemos de condensar la contestación a la consulta en dos claves:

- D^a Teresa no puede percibir los 2.000 euros mensuales en concepto de retribución como administradora. Los estatutos no establecen tal previsión de onerosidad, ni se ha demostrado la existencia de un contrato con la sociedad que justifique tal remuneración.
- Dado el carácter contrario a la ley de estos honorarios D. Daniel podrá ejercer una acción social de responsabilidad frente a D^a. Teresa dirigida al resarcimiento de las cantidades recibidas de forma ilícita.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, E. (2007). *Falsedad documental, estafa y administración desleal*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Bajo, M. (2004). *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Madrid, España: Ed. Universitaria Ramón Areces.
- Bercovitz, R. (Coord.) et al. (2013). *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. Madrid, España: Ed. Bercal S.A.
- Díaz, A. (2014). La Ley de Reforma de la LSC: Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de operaciones vinculadas). *Análisis GA&P, Diciembre 2014*, p.3. Recuperado de <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas.pdf>
- Echano, J.I. / Gil, M. (2014) "Falsificación de medios de pago distintos del efectivo: adecuación a la normativa europea y estudio comparado". *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* (34).
- Gálvez, E. (2001). *El pagaré*. Madrid, España: Marcial Pons.
- García, M. (1995). *El Derecho de Accesión*. Barcelona, España: Cedecs Editorial.
- Giménez, G.J. (1992). *Derecho Mercantil*. Tomo 2. 2ª ed. Madrid, España: Marcial Pons.
- González-Meneses, M., (2015). "Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses". En Martínez-Echevarría, A. (Dir.). *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y las Reponsabilidad de los Administradores*. Cizur Menor, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Muñoz, C., Tortuero, J. (2013) "Algunas cuestiones prácticas sobre la impugnación de acuerdos sociales". *Revista Aranzadi Doctrinal* (8, parte Estudio).
- Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, España: Tirant.
- Oriol, J., (2013) "Los deberes y la responsabilidad de los administradores". En Beltrán, E. / Rojo, A. / Campuzano, A.B. [Coord.]. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch Tratados.
- Paz Ares, C. (2015). "Anatomía del deber de lealtad". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (39).
- Peinado, J.I., (2014). "Los títulos de crédito: El pagaré (I) ". En Menéndez A. / Rojo A. [Dir.] *Lecciones de Derecho Mercantil*. Volumen II. Cizur Menor, España: Civitas-Thomson Reuters.

Rodríguez-Miguel, J. (2013). *La autoprotección en la estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia, España: Tirant Monografías (824).

Rodríguez, L. (1998) "Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos criminalizados". *Actualidad Jurídica Aranzadi* (366).

Rojo, A., (2011) "El establecimiento mercantil". En Menéndez, A. / Rojo, A. [Dir.] *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I. Cizur Menor, España: Civitas-Thomson Reuters.

Sánchez Calero, F. / Sánchez Calero, J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil* 36 ed., Volumen II. Cizur Menor, España: Thomson Reuters.

Seoane Spiegelberg, J.L. (2012) "El Levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil". *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* (42).

Tribunal Supremo. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 26 de Febrero de 1999.

Tribunal Supremo. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 8 de marzo de 2002.

APÉNDICES

a) Apéndice jurisprudencial

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/2284)

STS 25/1995 de 27 de enero (RJ 1995/174)

STS 959/1995 de 7 de noviembre (RJ 1995/8079)

STS 215/1996 de 22 de marzo (RJ 1996/2584)

STS 625/1997 de 8 de mayo (RJ 1997/4501)

STS 1233/1997 de 10 octubre (RJ 1997/7601)

STS 616/1998 de 25 de junio (RJ 1998/4750)

STS 777/1999 de 28 de septiembre (RJ 1999/7085)

STS 524/2000 de 25 de mayo (RJ 2000/3495)

STS 967/2000 de 17 de octubre (RJ 2000/8046)

STS 240/2001 de 14 de marzo (RJ 2001/5976)

STS 26/2003 de 24 de enero (RJ 2003/611)

STS de 31 de diciembre de 2003 (RJ 2004/218)

STS 1148/2004 de 18 de octubre (RJ 2004/7326)

STS 1538/2005 de 27 de diciembre (RJ 2006/1268)

STS 171/2006 de 12 de enero (RJ 2006/53614)

STS 665/2006 de 29 de junio (RJ 2006/3976)

STS 900/2006 de 26 de septiembre (RJ 2007/1677)

STS 162/2007 de 8 de febrero (RJ 2007/921)

STS 111/2009 de 10 de febrero (RJ 2009/908)

STS 243/2009 de 3 de abril (RJ 2009/1759)

STS 377/2009 de 24 de febrero (RJ 2009/3437)

STS 279/2010 de 22 de marzo (RJ 2010/2327)

STS 312/2011 de 29 de abril (RJ 2011/4272)

STS 495/2011 de 1 junio (RJ 2011/5743)

STS 309/2012 de 12 de abril (RJ 2012/5612)

STS 301/2012 de 18 de mayo (RJ 2012/6360)

STS 91/2013 de 1 de febrero (RJ 2013/1847)

STS 280/2013 de 2 de abril (RJ 2013/6695)

STS 412/2013 de 8 junio (RJ 2013/4632)

STS 531/2013 de 19 de septiembre (RJ 2013/6401)

STS 21/2015 de 28 de enero (RJ 2005/1829)

STS 215/2015 de 17 de abril (RJ 2015/1854)

AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP 243/1995 de Cáceres de 26 de septiembre (AC 1995/1573)

SAP 164/2008 de Barcelona de 9 de mayo (JUR 2008/317716)

SAP 13/2009 de Barcelona de 13 de enero (JUR 2009/142860)

b) Apéndice normativo

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la Ley Hipotecaria

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil

Ley 19/1985, de 16 de julio. Cambiaria y del Cheque

Ley 3/1991, 10 de enero, de Competencia Desleal

Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal

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

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba la Ley de Sociedades Anónimas (derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2010)
- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2010)
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo

Real Decreto Legislativo 2/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (derogado por el Real Decreto Legislativo 2/2015)
- Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo