



Roj: **SAP M 18850/2014 - ECLI: ES:APM:2014:18850**

Id Cendoj: **28079370092014100495**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **30/12/2014**

Nº de Recurso: **303/2013**

Nº de Resolución: **538/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **LUCIA LEGIDO GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933935

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2013/0005193

**Recurso de Apelación 303/2013 BL**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 73 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 2414/2010

**APELANTE:** D./Dña. Eulalia

PROCURADOR D./Dña. GLORIA RINCON MAYORAL

**APELADO:** **BERGANTIN** REAL ESTATE, S.L.

PROCURADOR D./Dña. JACOBO GANDARILLAS MARTOS

**IRANZO** SERVICIOS INMOBILIARIOS SL

**SENTENCIA NÚMERO:**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 303/2013**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS.

**D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA.**

**Dª LUCIA LEGIDO GIL**

En Madrid, a treinta de diciembre de dos mil catorce.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario 2414/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 303/2013, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante Dª. Eulalia , representada por la Procuradora Sra. Gloria Rincón Mayoral y, de otra, como demandada y hoy apelada **BERGANTIN** REAL ESTATE S.L. representada por el Procurador D. Jacobo Gandarillas Martos, y como también demandada y allanada totalmente a la demanda **IRANZO** SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L. ; sobre acción de nulidad de negocio jurídico.

**SIENDO MAGISTRADA PONENTE LA ILMA. SRA. DÑA. LUCIA LEGIDO GIL**



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida

**Primero** .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid en fecha trece de febrero de dos mil trece, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **Fallo** : Acojo la excepción de falta de legitimación activa de la demandante que ha formulado la parte demandada y, por ello, DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la Procuradora D<sup>a</sup> Gloria Rincón Mayoral , en nombre y representación de D<sup>a</sup> Eulalia , contra la mercantil **IRANZO SERVICIOS INMOBILIARIOS**. S.L., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Sharon Rodríguez de Castro Rincón y contra la también mercantil **BERGANTÍN REAL ESTATE** S.L., representada por el Procurador D. Jacobo Gandarillas Martos y, en consecuencia, ABSUELVO a las demandadas de las pretensiones deducidas contra ellas en el presente litigio.- Todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas en la presente instancia a la parte actora.

**Segundo** .- Notificada la mencionada sentencia, por la representación procesal de la parte demandante, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, por la representación procesal de **Bergantín** Real Estate, S.L. se presentó escrito de oposición a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

**Tercero** .- Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba por la representación procesal de la parte apelante, por Auto de fecha dieciséis de septiembre de dos mil trece se acordó admitir la unión al proceso de los documentos aportados por la representación de la parte apelante y no estimándose necesaria la celebración de Vista Pública, se procedió a señalar para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo del presente recurso la audiencia del día tres de diciembre del año en curso.

**Cuarto** .- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero** .- Se aceptan los fundamentos de derecho de la Sentencia apelada, que deben entenderse, en su caso, completados por los de esta resolución.

**Segundo** .- D<sup>a</sup>. Eulalia formuló demanda frente a las mercantiles **IRANZO SERVICIOS INMOBILIARIOS**, S.L. y **BERGANTÍN REAL ESTATE**, S.L., interesando del juzgador de instancia, con carácter principal, se declarase la nulidad radical con efectos *ex tunc* del negocio jurídico en virtud del cual la primera de las mercantiles citadas suscribió el aumento de capital acordado por la segunda, lo que se formalizó en escritura pública otorgada el 22 de marzo de 2010, quedando inscrito en la hoja registral de **BERGANTÍN REAL ESTATE**, S.L. como inscripción cuarta; y ello, se decía en la demanda, por tratarse de un negocio simulado o inexistente por ilicitud y falsedad de la causa. Solicitaba la actora la condena a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración ordenándose la cancelación de todas las inscripciones que en virtud de tal negocio simulado se hubiesen practicado en el Registro Mercantil, y concretamente en los Registros de la Propiedad números 29 y 33 de Madrid, Registro de la Propiedad número 2 de Jávea y Registro de la Propiedad de San Vicente de la Barquera. También se interesaba la declaración de nulidad de todos los actos y contratos que trajesen causa en tal negocio simulado declarado nulo, y, específicamente, de la subrogación de **BERGANTÍN REAL ESTATE**, S.L. en la posición arrendadora ostentada por **IRANZO SERVICIOS INMOBILIARIOS**, S.L. en todos los contratos de arrendamiento suscritos sobre los bienes inmuebles aportados por **IRANZO SERVICIOS INMOBILIARIOS**, S.L. en virtud del aumento de capital declarado nulo; así como la condena a **BERGANTÍN REAL ESTATE**, S.L. a reintegrar a **IRANZO SERVICIOS INMOBILIARIOS**, S.L. la totalidad de las cantidades percibidas como consecuencia, directa o indirecta, de la propiedad sobre los citados inmuebles y, específicamente, las rentas derivadas de los contratos de arrendamiento que recaigan sobre dichos inmuebles, descontando los gastos oportunos, y todo ello con condena en costas a las demandadas. Por medio de otrosí, se dejaba interesada en la demanda la adopción de medidas cautelares, entre otras la de anotación preventiva de la demanda, respecto de lo cual ya tuvo ocasión este Tribunal de pronunciarse, tras interponerse el oportuno recurso de apelación contra la resolución dictada en primera instancia en la pieza de medidas cautelares, por medio de Auto de 28 de septiembre de 2012, en el que se acogió tal pretensión cautelar previa prestación por la solicitante de una caución ascendente a 30.000 €. Interesa desde ahora señalar que en el fundamento jurídico segundo de la resolución referida, entendió esta Sala que "en virtud de la reiterada jurisprudencia que reconoce legitimación activa en los casos en que se postula nulidad absoluta a todos aquéllos que tengan interés directo aunque no hayan sido parte en el negocio en cuestión, así como teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en la ampliación de capital discutida (previa sentencia del TS declarando la nulidad de cierta



transmisión de participaciones de la recurrente a su hijo y conducta por éste seguida prescindiendo de dicha resolución como Administrador de **IRANZO** Servicios Inmobiliarios S.L., y sustrato personal de ésta y la otra Sociedad codemandada **Bergantín** Real Estate, S.L.), cabe entender cierta posibilidad de que prospere la nulidad impetrada por la accionante, obviamente tan solo con la apariencia propia del proceso cautelar en que nos movemos y sin ánimo alguno de prejuzgar la resolución definitiva de los autos principales".

La mercantil **IRANZO** SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L. se allanó a la demanda en virtud de escrito presentado el 5 de abril de 2011. La otra mercantil codemandada, en escrito de 25 de mayo siguiente, sí contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones allí deducidas, esgrimiendo con carácter previo la falta de legitimación activa en la demandante e interesando en cualquier caso, en cuanto al fondo, la desestimación de la demanda con costas a la actora.

El juzgador de instancia, en la Sentencia apelada, acogió la excepción de falta de legitimación activa a que se ha hecho mención, desestimando con ello íntegramente la demanda e imponiendo las costas a la actora.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la representación procesal de la actora recordando, a modo de alegación previa, la existencia del pronunciamiento previo de esta Sección, ya firme, en la pieza separada de medidas cautelares, sobre su legitimación activa, para después impugnar los argumentos del juzgador de instancia, que presuponían la existencia de acuerdos válidamente adoptados en Junta por órganos sociales existentes en ese momento y materializados por quienes, en su condición de administradores, ostentaban la representación legal de las sociedades, tratándose de negocios en los que la actora no tuvo intervención alguna por lo que le estaría vedada otra acción que no fuese la de responsabilidad de administradores. Insiste además la actora en la concurrencia de causa de nulidad radical en el negocio de ampliación de capital de referencia vista la relación de parentesco entre los intervinientes, el precio irrisorio y la falta de capacidad económica de la entidad adquirente. Se postula con ello la aplicación de los efectos prevenidos en el art. 1303 CC para reintegrarse al patrimonio de **IRANZO** SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L. no solo los bienes inmuebles aportados a la sociedad **BERGANTÍN** REAL ESTATE, S.L. con ocasión de la ampliación de capital sino también sus frutos, entre ellos los ingresos percibidos derivados de la explotación de dichos inmuebles. En definitiva, se interesa la revocación de la Sentencia de instancia para dictar otra estimatoria de las pretensiones deducidas en la demanda, revocándose la condena en costas de la primera instancia para imponer incluso las costas del recurso a la entidad **BERGANTÍN** REAL ESTATE, S.L.

**Tercero** .- Son hitos fácticos esenciales para dar respuesta a la problemática suscitada en esta apelación, los siguientes:

1.- El conflicto jurídico hoy suscitado irradia de la profunda crisis personal y familiar de los originarios integrantes de la sociedad **IRANZO** SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L., cuyo patrimonio se nutría de distintos inmuebles. Ello encuentra fiel reflejo en la existencia de un procedimiento penal y distintos procedimientos civiles entablados entre los miembros de la familia, manteniendo desde antiguo los hermanos, D. Amador y D<sup>a</sup>. Alicia hijos ambos de la actora, un encarnizado conflicto en el que la madre se habría posicionado del lado de la hija, si bien consta en autos que aquélla procedió a distribuir sus bienes en vida a favor de ambos hijos (documento nº 4 de la demanda), de tal suerte que, transcribiendo a estos efectos literalmente el pasaje de la demanda "los que, al fallecimiento de mi mandante, se adjudicarían en la herencia a su hijo D. Amador se quedaron en **IRANZO** SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L., mientras que los que serían para su hija Doña Alicia se escindieron vía reducción de capital, y se adjudicaron a una nueva sociedad que constituyeron madre e hija, **VIVANCO** SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L."

2.- A resultas del reparto patrimonial proyectado por la madre, la hoy apelante procedió a vender sus participaciones en la entidad **IRANZO** SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L. (en total 48.390, de la 42.201 a la 90.591) a favor de su hijo en escritura pública de 24 de abril de 2002, y por un precio de 290.829,76 € (documento nº 7 de la demanda).

3.- La referida compraventa estuvo en el origen de un periplo judicial que concluyó con la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, por la que se casó la dictada por la Sección 12<sup>a</sup> de esta Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2005, por la que finalmente se declaró la nulidad de tal escritura de venta de participaciones sociales y ello por tratarse de una donación de participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada disimulada bajo escritura pública de compraventa. Con tal pronunciamiento judicial la ahora actora recuperó para sí, nuevamente, las participaciones que fueron vendidas.

4.- Poco tiempo después de conocida dicha Sentencia de casación, concretamente el 22 de marzo de 2010, tuvo lugar la escritura de aumento de capital y modificación de estatutos otorgada por la entidad **BERGANTÍN** REAL ESTATE, S.L. en la que intervino el antes aludido D. Amador, en compañía de su esposa D<sup>a</sup>. Evangelina, en su condición ambos de representantes de **BERGANTÍN** REAL ESTATE, S.L. así como de la adquirente de las antes aludidas participaciones **IRANZO** SERVICIOS INMOBILIARIOS S.L.. Se protocolizaron así los acuerdos



sociales alcanzados en el seno de la primera de las mercantiles citadas el 17 de marzo de 2010, de tal suerte que la ampliación de capital se materializó mediante la aportación por ésta última de los bienes inmuebles que en la escritura quedaron individualizados. La ampliación de capital se verificó por la suma de 1.440,80 euros dejando establecida la cifra total de capital social de **BERGANTIN REAL ESTATE, S.L.** en la suma de 4.454,80 euros, si bien los inmuebles aportados para llevar a cabo tal operación societaria se valoraron en 672.760,80 euros. La notoria divergencia económica entre los datos extractados se salvó estableciendo una prima de emisión por cada una de las 240 participaciones sociales en que se amplió el capital (números 501 a 740) ascendente a un valor nominal de 6,02 euros cada una. Como se ha expuesto se procedió al desembolso íntegro del valor de las nuevas participaciones sociales mediante aportación no dineraria de inmuebles propiedad de **IRANZO SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L.** en operativa que ha venido calificando la actora como de vaciado patrimonial de dicha empresa familiar.

**Cuarto** .- Como se viene anticipando, es la cuestión nuclear a abordar con el presente recurso de apelación la efectiva legitimación activa de la actora para formular demanda de nulidad del negocio jurídico de ampliación de capital de la sociedad **BERGANTÍN REAL ESTATE, S.L.** y ello pese a que, en el contexto del presente litigio, quedaría indemne, por no haberlo solicitado la parte, el correspondiente acuerdo societario inscrito en el Registro Mercantil. Premisa esencial a estos efectos que no puede soslayarse es que D<sup>a</sup>. Eulalia es solo socio de **IRANZO SERVICIOS INMOBILIARIOS S.L.**, sin que ostente en dicha mercantil la condición de administradora, ni, en la otra entidad codemandada, tenga intervención o participación de ninguna índole.

Se ocupan ahora en nuestro ordenamiento positivo de la ampliación de capital los artículos 295 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Impone la normativa de referencia que el aumento del capital social se acuerde, en efecto, por la Junta General de socios, con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales (art. 295 ), admitiendo el siguiente art. 298 los aumentos de capital social verificados con emisión de acciones con prima y el art. 300 el aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias, que es todo lo que acaeció en el caso de autos.

Pues bien, examinada la controversia objeto de estos autos principales concluye esta Sala que el acuerdo societario de ampliación de capital necesita, para ser atacado, impugnarlo en su raíz, esto es, impugnar el acuerdo mismo, para desde ahí descender al propio negocio jurídico de ampliación de capital, de tal suerte que, si bien el socio puede impugnar el acuerdo de incremento de capital, no puede hacer lo propio respecto del negocio jurídico en sí, pues aquí regiría el principio de relatividad contractual que consagra el art. 1257 CC . El socio, en definitiva, tiene abierta la vía de impugnación del acuerdo así como también, luego se verá, la acción social e individual de responsabilidad frente a los administradores para el caso que se entienda que el acuerdo adolece de alguno de los vicios que puedan invalidarlo o cuando, tal y como aquí sostiene la recurrente, concurra una simulación específica que genere su nulidad radical. En definitiva, no sería posible impugnar el acto negocial sin hacer lo propio, previamente, con el acuerdo societario. Para el ejercicio de esta última acción sí estaba perfectamente legitimada la hoy actora ex art. 206 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , pues se concede legitimación a estos efectos incluso a los terceros que acrediten interés legítimo. La tesis contraria supondría derrumbar un negocio jurídico que a los ojos de terceros seguiría teniendo eficacia en razón de haber quedado debidamente inscrito en el Registro Mercantil. En definitiva, si el negocio jurídico genera una relación interpartes, la actora hoy recurrente, desde su mera condición de socio en la entidad **IRANZO SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L.**, no tendría legitimación para solicitar la nulidad del repetido negocio jurídico y ello por cuanto no participó, obviamente, en dicho negocio jurídico de ampliación. No nos encontramos, por otra parte, ante un tercero perjudicado por un negocio jurídico sino ante un socio que pretende obtener, sin haber intervenido en el acuerdo de ampliación de capital representando a la sociedad, la nulidad de tal negocio jurídico, todo lo cual se entiende no sin desconocer las efectivas particularidades del referido negocio, que, por el juego de la prima de emisión establecida, consagra un incremento de capital en 1.440,80 euros a cambio de aportaciones no dinerarias tasadas en 672.660,80 euros.

También pudo la actora ejercitar acción individual de responsabilidad frente al administrador único de la mercantil a cuyo accionariado pertenece, D. Amador , o interesar de la propia sociedad el ejercicio de acción social de responsabilidad, todo ello al amparo de la normativa establecida en los artículos 236 y siguientes del texto refundido a que se viene haciendo referencia, que consagra la responsabilidad de los administradores, entre otros, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por sus actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo.

En definitiva, existió una vía directa para interesar la nulidad del acuerdo de ampliación de capital y otra consistente en el ejercicio de acciones de responsabilidad de los administradores, ya social o individual. Téngase en cuenta a estos efectos que las acciones relativas a la impugnación de acuerdos societarios y de



responsabilidad de administradores, que fueron las que se debieron ejercitar por la demandante, corresponden, en cuanto a su conocimiento, a los Juzgados de lo Mercantil, según recoge el artículo 86 ter LOPJ. Sentado lo anterior, por la vía elegida por la actora estaríamos dejando sin efecto un acuerdo societario que escapa de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia y de esta misma Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Téngase en cuenta que la demanda con la que principiaron estos autos se presentó el 24 de noviembre de 2010, cuando la junta extraordinaria y universal de la sociedad que ampliaba el capital se había celebrado el 17 de marzo anterior, con lo que era factible a esa fecha interesar la nulidad radical de aquella junta y, consecuentemente, la nulidad del acuerdo de ampliación de capital, lo que hubiese permitido a la demandante someter a los órganos jurisdiccionales verdaderamente competentes la efectiva problemática de fondo que subyace al litigio, que, como se ha dicho, se reseñó escuetamente en la resolución de esta Sección al tiempo de resolver la apelación contra la resolución de instancia relativa a las medidas cautelares.

Frente a todo lo anterior, y en sustento de su pretensión, ha insistido la parte actora en su recurso de apelación en la importancia que entiende habrá de darse al contenido del Auto dictado por este Tribunal en la pieza de medidas cautelares, cuyos pronunciamientos más esenciales se transcribieron *ut supra*, llegando a catalogar como cierta la posibilidad de que prosperase la nulidad impetrada. Tal pronunciamiento relativo a la apariencia de buen derecho debe no obstante conectarse, y tal fue su significación, con el fondo del asunto, con los rasgos específicos de la operación de aumento de capital a que antes se hizo mención sin que, por lo demás, entrase esta Sala a examinar la legitimación activa y la acción propiamente ejercitada, lo que, ahora sí, se estudia en su integridad, tras la práctica de la prueba, en la presente Sentencia. Y a estos efectos es a los que concluimos, con el Juzgador de instancia, que la demandante no tiene legitimación activa para interesar la nulidad radical del negocio jurídico de aumento de capital, ya sea desde el propio tenor literal del art. 10 LEC o desde los preceptos aludidos de la normativa societaria de aplicación. Téngase en cuenta además que la solicitud de la actora de nulidad radical del acto negocial subyacente al acuerdo de ampliación de capital no se efectúa en su propio interés directo e inmediato, sino en el de la mercantil **IRANZO SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L.**, sin que ostente representación alguna en dicha mercantil.

Resta indicar por último que la carencia de legitimación activa *ad causam* en modo alguno puede ser suplida por el órgano judicial en el marco de un proceso civil ordinario que está regido por el principio dispositivo y de instancia de parte ( art. 216 LEC ) por más que sorprendan, como se viene indicando, los términos en que se pautó la ampliación de capital controvertida.

**Quinto** .- El rechazo íntegro del recurso comporta que las costas de esta apelación se impongan a la apelante ( art. 398.1 y 394 LEC ).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

#### **FALLAMOS:**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dª. Eulalia , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid en fecha 13 de febrero de 2013 en los autos de referencia, que se CONFIRMA EN SU INTEGRIDAD. Todo ello con imposición de las costas de esta alzada a la apelante, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma CABE RECURSO DE CASACIÓN, de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal, en el término de VEINTE DÍAS siguientes a la notificación de la presente resolución.

**PUBLICACIÓN**.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.