



Roj: **SAP MU 2198/2004 - ECLI: ES:APMU:2004:2198**

Id Cendoj: **30030370012004100399**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2004**

Nº de Recurso: **128/2004**

Nº de Resolución: **291/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALVARO CASTAÑO PENALVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

APELACIÓN CIVIL, ROLLO 128/04, SECCIÓN PRIMERA.

### **SENTENCIA**

NÚM. 291/04

ILMOS. SRS.

D. ANTONIO SALAS CARCELLER

PRESIDENTE

D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER

D. ÁLVARO CASTAÑO PENALVA

MAGISTRADOS

En la Ciudad de Murcia, a diecinueve de octubre de dos mil cuatro.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Primera de esta Ilustrísima Audiencia Provincial los autos de juicio ordinario número 542/03 que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de los de Murcia entre las partes, como actora y aquí apelante doña Antonieta , representada siempre por la Procuradora doña María Teresa Hidalgo Calero y defendida por la Letrada doña Purificación García Perea, y como demandados, también apelantes, de un lado, D. Juan Ignacio , representado por el Procurador D. José Martínez Laborda y dirigido por el Letrado D. Miguel Roca Rubio; y, de otro, doña Milagros , representada por el Procurador D. Francisco Botía Llamas y defendida por el Letrado D. Luis Fernando Gallego Rodríguez. Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ÁLVARO CASTAÑO PENALVA , que expresa la convicción del Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado dictó con fecha 26 de diciembre de 2.003 en los autos principales de los que dimana el presente Rollo, la sentencia cuya parte dispositiva, transcrita en lo que interesa, dice así: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña María Teresa Hidalgo Calero, en nombre y representación de doña Antonieta , debo absolver y absuelvo a D. Juan Ignacio y a doña Milagros de las pretensiones deducidas en su contra, y todo ello sin expresa condena en costas en esta instancia."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, la representación de doña Antonieta interpuso recurso de apelación, del que se dio traslado a los demandados, oponiéndose ambos, si bien, D. Juan Ignacio impugnó también la sentencia en los pronunciamientos relativos a la declaración de ganancialidad de las participaciones sociales litigiosas y a las costas, y doña Milagros en la parte relativa a la no condena en costas. Posteriormente se remitieron los autos originales a esta Audiencia en la que se formó el oportuno Rollo por la Sección Primera con el núm. 128/04, donde se personaron todas las partes procesales con la



misma representación. Por providencia de 23 de septiembre de 2.004 se entregaron los autos al Ponente para su examen, quien en el día de hoy ha sometido el recurso a la deliberación, votación y fallo de la Sala.

TERCERO.- En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia de instancia.

PRIMERO.- La parte actora, doña Antonieta , plantea demanda en la que formula tres peticiones explícitas, a la que hay que adicionar una cuarta implícita, previa y presupuesto de las anteriores. Ésta consistiría en que se declare que las participaciones sociales de la mercantil Laboratorios del Sureste, S. L., titularidad de su esposo, el demandado D. Juan Ignacio , tenían carácter ganancial y, por ende, pertenecían a la sociedad de gananciales de ambos. Estimada esta pretensión, habrían de abordarse otras tres expresamente planteadas y sucesivamente concatenadas: primero, que se declarase nula la renuncia efectuada por el Sr. Juan Ignacio al derecho de suscripción preferente de acciones adquirido como consecuencia de la ampliación de capital acordada por dicha mercantil en Junta de 19 de febrero de 2.003; segundo, consecuencia de lo anterior, que se declarase igualmente nula la suscripción de participaciones por la codemandada Sra. Milagros en la parte derivada de esa renuncia; y finalmente, que se condenase a ambos a solicitar de la mercantil citada la convocatoria de una Junta General para hacer constar esas anulaciones y abrir de nuevo la posibilidad de que se ejercite el derecho de suscripción preferente de acciones por parte de los Srs. Antonieta y Juan Ignacio .

La resolución de instancia, pese a la oposición del esposo, declara que las controvertidas participaciones son gananciales, no obstante lo cual desestima la primera de las peticiones que se suscitan en la demanda, lo que condiciona la inviabilidad de las restantes.

Frente a ello, la actora interpone el presente recurso de apelación, insistiendo en sus pretensiones, a lo que se oponen los demandados, si bien el Sr. Juan Ignacio impugna también la sentencia en lo que le es perjudicial, la declaración de ganancialidad de las citadas participaciones sociales y la no condena en costas a la parte vencida, a lo que se opuso la parte actora, que en este punto comparte plenamente los razonamientos de la resolución combatida. Finalmente, la Sra. Milagros impugnó la no imposición de costas a la actora.

SEGUNDO.- Aunque el recurso del Sr. Juan Ignacio sea posterior en el tiempo debe, sin embargo, examinarse en primer término, pues de su resultado depende el éxito de la pretensión de la actora, que sólo podría acogerse si se declara el carácter ganancial de las participaciones sociales litigiosas.

Al respecto, la sentencia de instancia proclama gananciales las mismas atendiendo a que el demandado no ha aportado prueba que permita contrarrestar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código civil , analizando pormenorizadamente la trascendencia de cada uno de los elementos probatorios invocados por el demandado.

Éste alega ante esta alzada que las participaciones sociales de Laboratorios del Sureste, S. L., que adquirió al constituir la, sólo pudieron ser satisfechas con dinero privativo procedente de la venta de otras acciones que poseía por herencia (Vinagres Parras, S.A.), aseveración que, en su opinión, viene corroborada por los siguientes datos: Primero, porque consta acreditado -y así lo reconoce el Magistrado a quo- que el 30 de octubre de 1.975 adquirió por herencia de su padre 77 acciones de la reseñada mercantil, y que las mismas fueron transmitidas a título oneroso a su hermano Carlos Miguel en el año 1.988. Segundo, que la puesta en funcionamiento de Laboratorios del Sureste, S. L., requirió de importantes gastos, pues su objeto social (asesoramiento técnico-industrial, confección de proyectos para obras, emisión de informes sobre ello y control de calidad de materiales) no podía cumplirse con la sola aportación del capital social, ascendente a 100.000 ptas., y la labor personal y cualificada de sus socios, constanding acreditado que se adquirieron bienes por valor de 6.798.283 ptas., (documento núm. 6 de la contestación a la demanda), aportando el Sr. Juan Ignacio 2.660.000 ptas. (extracto bancario de la CAM, doc. núm. 7). Tercero, que la propia demandante admitió en el acto del juicio que la venta de las acciones privativas de Vinagres Parra, S.A., fue anterior a la creación de Laboratorios del Sureste, S. L. Y cuarto, que consta demostrado que cuando se constituyó esta mercantil el matrimonio, integrado por la actora y el Sr. Juan Ignacio y tres hijos, carecía de capacidad económica para costear tan elevada inversión (la esposa estaba en excedencia y vivían en alquiler, con tres hijos a su cargo), admitiendo expresamente la demandante que todo los recursos de que disponían estaban destinados al mantenimiento de la familia y que carecían de dinero para inversiones.

La Sala no comparte los anteriores alegatos ni la valoración de la prueba que de ellos se desprende. Debe destacarse, en primer término, que el apelante ha omitido deliberadamente el dato esencial de la fecha en que se produjo la venta de las acciones de Vinagres Parra, S.A., puesto de manifiesto por el Magistrado a quo y que podría haber contribuido a aclarar lo sucedido en el año 1.988, en que se constituyó Laboratorios del



Sureste, S. L. Evidentemente, si la enajenación fue posterior a la constitución, decaería la tesis del Sr. Juan Ignacio porque las participaciones iniciales necesariamente debieron ser adquiridas con dinero ganancial; si, por el contrario, hubiese sido anterior, disfrutaríamos de un indicio de que las participaciones pudieran haberse suscrito con dinero de procedencia privativa. Sin embargo, en modo alguno se ha podido concretar la fecha de efectiva transmisión, a pesar de que le habría sido fácil al demandado hacerlo porque necesariamente han de documentarse en escritura pública. Ni siquiera la certificación emitida por el Secretario de la Junta de Administración de Vinagres Parra, S.A., (f. 185, doc. 5 de la contestación a la demanda) calenda tal acto, limitándose a una remisión genérica al año 1.988, cuando a la sociedad debía constarle con todo rigor el día exacto en que se produjo. De tan esencial omisión hemos de colegir, conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, que la fecha de la transmisión de las acciones fue posterior a la constitución de Laboratorios del Sureste, S. L., pues, de no ser así, el primer interesado en acreditarlo habría sido el ahora recurrente.

Por otro lado, pese a lo que se afirma en el escrito de impugnación, no es cierto que conste acreditado que el Sr. Juan Ignacio entregó a la sociedad 2.660.000 ptas., pues el extracto bancario aportado a tal fin (f. 188, doc. núm. 7 de la contestación a la demanda) lo único que revela es que se hizo el ingreso en la cuenta de Laboratorios del Sureste, S. L., no quién lo hizo. Igualmente, la factura de compra de bienes de equipo por parte de esta mercantil de junio de 1.988 (f. 186, doc. núm. 6 de la contestación a la demanda) revela que fue preciso invertir cantidades muy superiores al nominal de su capital social, que por ello era meramente formal, pero no que el dinero procediera necesariamente del peculio del Sr. Juan Ignacio, máxime cuando no se conocen las aportaciones reales de los socios fundadores. Además, si el capital social no se ajustaba a la realidad, no cabe descartar se admitiesen y valorase otra suerte de aportaciones, como el trabajo o industria de alguno de los socios, y entre ellos el del Sr. Juan Ignacio, o incluso que la propia sociedad se procurase el capital mediante un empréstito avalado por los fundadores. En fin, para aclarar todos estos interrogantes, el apelante debió de aportar a juicio la contabilidad de dicha mercantil.

Finalmente, tampoco extrae la Sala las mismas consecuencias que el apelante del interrogatorio de la actora (12:54:30 en adelante). En este punto lo esencial para el apelante era demostrar no sólo que en la época en que se constituyó la sociedad Laboratorios del Sureste, S. L., la sociedad de gananciales no disponía de ingresos que le permitiese acumular ahorros, ni por tanto aportar lo necesario para la constitución y funcionamiento de dicha mercantil, sino también que aquéllos ahorros no los poseía con anterioridad la sociedad ganancial. Es cierto que la Sra. Antonieta vino a admitir -no sin vacilaciones por el dilatado tiempo transcurrido- que lo que ganaban lo destinaban al sustento de la familia, pero no que no contasen con ahorros con los que afrontar lo preciso para constituir la sociedad mercantil, limitándose a afirmar que no lo sabía (12:56:00), refiriendo incluso que el esposo adquirió un coche. Y sobre el hecho de que la venta de las acciones de Vinagres Parra, S.A., fue anterior al nacimiento de Laboratorios del Sureste, S. L., lo que se desprende en realidad de su interrogatorio, valorado globalmente, es que no lo recuerda.

Lo hasta ahora expuesto lleva a la Sala a la misma convicción que obtuvo el Magistrado de instancia, que el Sr. Juan Ignacio no ha enervado la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código civil, debiendo decaer su recurso.

TERCERO.- La parte actora impugna también la sentencia e insiste en esta alzada en que debe declararse la nulidad de la renuncia expresada por el Sr. Juan Ignacio al derecho de suscripción preferente de participaciones que ostentaba en virtud de la ampliación de capital acordada por Laboratorios del Sureste, S. L., en Junta de 19 de febrero de 2.003, lo que determinó que la ampliación la suscribiera la codemandada Sra. Milagros, perdiendo la sociedad de gananciales de la actora la mayoría del capital social y, por ende, el control de la sociedad. Fundamentaba su petición básicamente en que el acto de renuncia constituye un acto de disposición a título gratuito que infringió los artículos 1.377 y 1.378, estimando que para su validez era preciso el consentimiento no sólo del esposo titular nominal de las participaciones, sino también de la esposa, en cuanto cotitular de la sociedad ganancial, verdadera propietaria. Así mismo, como segundo motivo de impugnación, aduce que se trata de una renuncia con causa ilícita, pues su finalidad fue la de aparentar una disminución del patrimonio ganancial divisible, en perjuicio de la demandante, por lo que incurre en la ineficacia del artículo 1.275 en relación con el 6.2 del Código civil.

El Magistrado a quo rechaza la anterior pretensión apoyándose en que, debe distinguirse entre los derechos patrimoniales que sobre las participaciones sociales pueda ostentar la actora, que le permitirán incluso adquirirlas en la liquidación de la sociedad conyugal, y los derechos sociales, que derivan de la condición de socio, y que sólo corresponden al titular de las mismas, el Sr. Juan Ignacio. Consecuentemente, entiende que la renuncia es válida porque fue ejercitada por el titular de la participación, sin perjuicio del derecho de la actora a reclamar los daños y perjuicios que de ello se derivan para la sociedad ganancial. Así mismo, niega la aplicación del artículo 1.378 del Código civil, pues los actos a los que en él se alude son los de disposición, únicos para los que se exige el consentimiento expreso de ambos cónyuges (artículos 1.377 y 1.384), entre



los que no se incluye la renuncia al derecho de suscripción preferente de acciones, que no puede calificarse como un acto de disposición, pues no se transmite algo que se tiene, sino que se renuncia a adquirir algo que no se tiene todavía.

Frente a lo anterior, la apelante alega ante esta alzada cuatro argumentos. Primero, que la participación social es en sí misma un bien patrimonial del que sólo puede disponerse conforme al estatuto del patrimonio que sea titular, por lo que no cabe separar radicalmente la esfera societaria de la patrimonial. Segundo, porque el derecho de suscripción preferente de acciones ostenta entidad patrimonial propia y, por ende, puede transmitirse y renunciarse ( artículo 75 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ). Tercero, porque la renuncia no implica necesariamente traslación de derechos, sino su extinción o abdicación, lo que, a su vez, constituye un acto de disposición. Y cuarto, que la sentencia es contradictoria en sí misma, pues si por un lado reconoce que la renuncia puede comportar efectos negativos para la sociedad de gananciales, creando una apariencia de fraude frente a la actora, sin embargo luego no aplica el artículo 6.2 del Código civil que regula las consecuencias de la renuncia en perjuicio de tercero.

CUARTO.- La Sala no comparte el recurso. Pese a los esfuerzos argumentales del recurso, ninguna duda asiste a la Sala que la renuncia al derecho de suscripción preferente de participaciones no requería el concurso de voluntades de los esposos. La apelante centra toda su atención en el artículo 1.378 del Código civil , cuando el aplicable es el 1.384, que expresamente proclama la validez de los actos de administración y disposición de los títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren, estableciendo así una excepción a la regla general de cogestión para los actos de disposición.

Se trata de una norma que parte precisamente de la misma realidad que se enjuicia en el caso de autos, de que los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica. La teleología del precepto no es otra que garantizar la protección de los terceros a través del reconocimiento de una legitimación o habilitación individual de gestión al cónyuge titular o poseedor de los bienes comunes. Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , que expresamente ordena que en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio.

Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 1.987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que "en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del art. 1.384 del Código civil , en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuya nombre figuren ..."

Por tanto, si la renuncia a la suscripción preferente de acciones se considera un acto de disposición, como sostiene la actora, o si se califica de acto de administración, como viene a defender la apelada al equipararlo con el no ejercicio de un derecho, la realidad es que el mismo no necesitaba el consentimiento de la cotitular patrimonial porque expresamente lo autoriza el artículo 1.384, con independencia de que sea a título gratuito u oneroso, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones.

QUINTO.- Otra cosa distinta es la responsabilidad del cónyuge frente a la sociedad por el acto de administración o disposición ejecutado en perjuicio de ella o en fraude de sus derechos. Es cierto, como apunta la resolución combatida, que aparecen indicios de que el no ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones pudo haberse realizado en detrimento de la sociedad, pero es una cuestión que la Sala no puede examinar porque incurriría en incongruencia.

Es cierto que la actora solicitó en su demanda la nulidad de lo que ella califica de renuncia apoyándose en un segundo argumento, en que la causa era ilícita y se había realizado en perjuicio de tercero, invocando los artículos 1.275 y 6.2 del Código civil , sin tan siquiera afirmar en su demanda que la adquirente de las acciones, la codemandada Sra. Milagros , había incurrido en mala fe. Tal planteamiento es técnicamente incorrecto por su generalidad, dado que en sede de sociedad de gananciales el Código civil regula de forma específica la acción que asiste al cónyuge perjudicado por la anómala gestión del contrario, estableciendo las condiciones y requisitos necesarios tanto para reclamar los perjuicios (artículo 1.390) como para rescindir el acto realizado en fraude de derechos ( artículo 1.391), exigiendo en este último supuesto que el adquirente haya actuado de mala fe. En consecuencia, lo atinado era ejercitar esta última acción, no cabiendo que el Tribunal pudiese acogerla con base únicamente en los artículos 1.275 y 6.2 del Código civil porque falta ese requisito esencial de la mala fe, que ni siquiera se afirmó en la demanda ni, por tanto, fue objeto de controversia. Ello explica



porque la resolución de instancia, pese a afirmar que la adquisición presenta indicios de haberse consumado en perjuicio de la actora, no la rescinde.

QUINTO.- En orden a las costas de primera instancia, esta alzada coincide con la resolución atacada en que concurren notables dudas de hecho que justificaban su no imposición al litigante vencido, dando en este punto por reproducidos los argumentos vertidos en dicha sentencia que, por lo demás, tampoco han sido rebatidos eficazmente por el Sr. Juan Ignacio en su recurso, limitándose a formular una impugnación meramente retórica. Igualmente, en el caso de la Sra. Milagros, su recurso debe decaer porque ella no es ajena a la nebulosa creada en la operación de ampliación de capital y pérdida por el codemandado del control de la sociedad Laboratorios del Sureste, S. L.

En cuanto a las de esta alzada, al desestimarse todos los recursos y por razones de economía procesal, cada parte soportará sus propias costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de SU MAJESTAD EL REY DON JUAN CARLOS PRIMERO DE ESPAÑA,

### FALLAMOS

Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores doña María Teresa Hidalgo Calero, D. José Martínez Laborda y D. Francisco Botía Llamas, en nombre y representación de doña Antonieta, D. Juan Ignacio y doña Milagros, respectivamente, todos contra la sentencia dictada en el juicio ordinario número 542/03, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Ocho de los de Murcia, y estimando la oposición de los citados apelantes han mantenido respecto al recurso contrario, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE dicha resolución, sin pronunciamiento en las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución y llévese certificación de la misma al Rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.