



Roj: **SAP GC 1641/2009 - ECLI: ES:APGC:2009:1641**

Id Cendoj: **35016370042009100198**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **4**

Fecha: **30/04/2009**

Nº de Recurso: **87/2006**

Nº de Resolución: **191/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **VICTOR CABA VILLAREJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Il'tmos Sres:

Don Víctor Caba Villarejo.

Doña Elena Corral Losada.

Doña María de la Paz Pérez Villalba.

En Las Palmas de G. C., a 30 de abril de 2009.

Vistas por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, las actuaciones de que dimana el presente rollo, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia pronunciada por el Juzgado Mercantil nº 1 de Las Palmas de G.C. en el procedimiento referenciado en el que figuran como parte apelante D^a. Loreto , representada en esta alzada por la Procuradora Doña Inmaculada García Santana y dirigida por el Letrado D. Rafael Lis Estévez, y como parte apelada EAJ 50 Radio Las Palmas, SL, representada por el Procurador D. Francisco Neyra Cruz y dirigida por el Letrado D. Arturo Monsalve Díaz siendo ponente el Sr. Magistrado Don Víctor Caba Villarejo, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil Nº 1 de Las Palmas de GC se dictó sentencia en los referidos autos de fecha 31 de julio de 2007 por la que 1.- Se desestima la demanda interpuesta por la representación procesal de D^a. Loreto absolviendo a la demandada EAJ 50 Radio Las Palmas, SL de la acción de impugnación de acuerdos sociales ejercitada. 2.- Se estima parcialmente la demanda reconventional interpuesta por el Procurador Sr. Neyra Cruz declarando el derecho del administrador único de la sociedad EAJ 50 Radio Las Palmas SL a entrar y ocupar todas y cada una de las dependencias de su domicilio social así como de cualquier otro inmueble donde se desarrolle cualquier tipo de actividad relacionada con la citada sociedad, siempre y cuanto ésta tenga título legal para disponer de tales inmuebles, reconocimiento extensivo al designado como administrador suplente si llegara a ocupar el cargo, condenando a doña Loreto a estar y pasar por este pronunciamiento. Cada parte asumirá las costas por ella devengadas y las comunes por mitad.

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora D^o. Loreto y del que se dio traslado a la parte demandada personada en autos, acordándose acto seguido la remisión de los autos a este Tribunal y recibidos los autos en esta Sección 4^a de la Audiencia Provincial, se formó el presente rollo, y no habiéndose propuesto prueba en esta alzada ni estimándose necesaria la celebración de vista quedaron los autos señalados para deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Expresa la recurrente Doña Loreto que en el inventario de la sucesión hereditaria se fijaba como activo de D. Juan Alberto "participaciones sociales de la empresa EAJ-50 Radio Las Palmas, SL (98%)" y



sin que tal inventario hubiera sido cuestionado por quienes ahora ponen en tela de juicio las disposiciones testamentarias de D. Juan Alberto . Testamento que designa como heredera en ese 98% a la recurrente D^a Loreto por lo que habrá de sostenerse que la misma es titular de un 98%, por transmisión mortis causa y 2% por transmisión inter-vivos documentada en instrumento público, de plena eficacia por no haber sido impugnado ni anulado.

Que cinco días antes de la celebración de la Junta General objeto de litigio los hijos de D. Juan Alberto presentaron demanda impugnando la validez del testamento, válido y eficaz en el momento de celebración de la Junta por tanto nada podía objetarse a la condición de heredera de la actora.

Afirma que esta situación debe añadirse el proceso judicial abierto para la adjudicación y división de la herencia de D^a Aurora seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Las Palmas de GC en el que por auto de 27 de julio de 2006 se repone a la administradora de hecho de la sociedad apelada, en lugar de los administradores de la masa hereditaria, dotando así la apelada de una administración por aplicación del art. 805 LEC y se prohíbe a los administradores judiciales asumir la administración de la mercantil demandada. En el referido auto se dice que la administración de las participaciones sociales será compatible con la administración subalterna de la gestión de Radio Las Palmas SL por doña Loreto , quien deberá rendir cuentas de dicha gestión a los administradores judiciales de forma anual.

En su consecuencia, a juicio de la apelante, en tanto no se anule el testamento de D. Juan Alberto , en virtud del cual la apelante es titular de 588 participaciones sociales, el principio de legitimación en la titularidad de las mismas corresponde a D^o. Loreto .

Que el Juzgado de Primera Instancia nº 10 ha nombrado administradores judiciales de la herencia de D^a Aurora y articulado la forma de coordinar su función frente a la gestión societaria atribuida a la recurrente. Que con posterioridad a la celebración de la Junta impugnada por el referido Juzgado de Primera Instancia y por auto de 5 de octubre de 2006, en línea con el anterior auto , se delimita a su juicio con precisión el alcance de las facultades concedidas a los administradores judiciales, y entre las que no se encuentran la asunción de la titularidad de las participaciones de la mercantil Radio Las Palmas, SL por ello los administradores judiciales no estaban facultados para erigirse en titulares, por razón de la administración judicial, de las participaciones de la sociedad demandada e intervenir con voz y voto en el modo en que lo hicieron.

La segunda de las cuestiones planteadas en esta alzada es referida a la venta de las participaciones realizadas por D. Everardo a favor de D. Juan Alberto y de éste a su hija Loreto . Para el juez a quo no se prueba la titularidad de doña Loreto de esas doce participaciones sociales en base a un documento público que se cuestiona, pero a juicio de la recurrente no se puede cuestionar puesto que nos encontramos ante una relación contractual en la que las partes pactaron todos los términos que, de acuerdo con el art. 1261 CC , ha de tener toda relación contractual, "consentimiento, objeto y causa", y el hecho de que sea una forma verbal de contratación no es obstáculo para la existencia de la misma. Existió consentimiento en el negocio jurídico cuestionado y el consentimiento puede ser prestado incluso de forma tácita. Considera que la sentencia apelada no ha tenido en cuenta el art. 386 LEC sobre la prueba de presunciones.

SEGUNDO.- La primera cuestión referida a la titularidad dominical del 98% de las participaciones sociales de la sociedad EAJ- 50 Radio Las Palmas, SL adjudicadas a la recurrente como legado por el testador D. Juan Alberto al tener carácter ganancial, en cuanto adquiridas constante su matrimonio con doña Aurora fallecida anteriormente, y no habiéndose liquidado su sociedad de gananciales ni partido la herencia de la esposa premuerta, no podía tenerse a la recurrente como propietaria singular de las referida participaciones sociales pues hasta que no se liquidara el régimen económico matrimonial no se podía saber si tales participaciones sociales eran propias o no del testador Sr. Juan Alberto (art. 1068 CC) y por ende podía disponer de ellas en su testamento a favor de la actora apelante.

Por tanto la recurrente no puede invocar la propiedad singular del 98% de las participaciones sociales de la sociedad apelada EAJ-50 Radio Las Palmas, SL por título de herencia, de legado, al no formar parte del patrimonio privativo del testador y conforme establece el art. 1380 del CC la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador, pues antes de la partición de la sociedad de gananciales ninguno de los cónyuges tiene poder de disposición exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forman su activo ni a ninguno le pertenece (STS 28-09-98).

En efecto, la participaciones sociales sobre las que el testador dispuso a favor de la actora formaban parte de la sociedad de gananciales de sus padres. Tal comunidad quedó disuelta ipso iure por la muerte de la esposa (arts. 1392. 1 y 85 CC), por lo que cuando el cónyuge viudo, otorgó testamento y ordenó el legado de las participaciones sociales a favor de la recurrente, ya no existía la comunidad de gananciales y las participaciones pertenecían a la comunidad postganancial constituida por el cónyuge superstite y los



herederos del premuerto y hasta su liquidación no se sabe si la cosa legada se adjudicará o no a la herencia del testador (STS 11 de mayo de 2000 y 28-05-04).

Por otra parte las participaciones sociales, como bienes patrimoniales, forman parte de la herencia y su transmisión mortis causa se verifica de acuerdo con las normas del derecho sucesorio. El testamento no es título suficiente para justificar el dominio y ha de probarse que los bienes pertenecían al testador al tiempo de su muerte, pero aun en el supuesto de que las participaciones sociales formaran parte del patrimonio del testador cuando dispuso de ellas, porque en la liquidación de la sociedad postmatrimonial se adjudiquen al testador, para que la apelante pudiera adquirir la condición de socio con plena efectividad frente a la sociedad limitada se haría necesario la entrega de legado. El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 855 CC), y previamente a ello y siendo varios los herederos ha de estarse a la partición de la herencia.

En su consecuencia, la actora al tiempo de impugnar la Junta General Extraordinaria de EAJ-50 Radio Las Palmas, SL, de 12 de julio de 2006, y los acuerdos adoptados en ella no ostentaba la cualidad de socio titular de las 588 participaciones sociales que el testador dispuso a su favor.

TERCERO.- Con relación a los autos de 27 de julio y 5 de octubre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Las Palmas de GC y al auto de 11 de diciembre de 2008 aportado en esta alzada que nombra a la actora administradora de las participaciones sociales de Radio Las Palmas, SL, por ser resoluciones de fecha posterior a la Junta General de 12 de julio de 2006 objeto de litis, ningún efecto jurídico producen con relación a la validez de la misma y de los acuerdos impugnados en cuanto las innovaciones o cambio de circunstancias sobrevenidas tienen relevancia en la medida priven de interés legítimo las pretensiones deducidas en la demanda (art. 413 LEC), y no siendo así habrá de estarse al estado de cosas existente al tiempo de la interposición de la demanda.

La Junta General Extraordinaria impugnada fue convocada judicialmente y a la misma asistieron los administradores judiciales de la herencia, en representación del 98% de las participaciones sociales del causante, y sobre la legitimación de los administradores de la herencia para ejercitar los derechos derivados de las participaciones sociales cuya titularidad corresponde a la comunidad hereditaria, en tanto no se produzca la partición de la herencia, se pronunció esta Sala en sentencia de fecha de 20 de abril de 2001 en los siguientes términos "Expresa el art 32 de la LSRL que la adquisición de participaciones sociales por sucesión hereditaria confiere al heredero la condición de socio. En caso de pluralidad de herederos la adquisición de la condición de socio se habrá de verificar por la partición hereditaria. Antes de la partición, pero aceptada la herencia, existiría una situación de comunidad o copropiedad de las participaciones sociales entre los herederos aceptantes e incluso antes de la aceptación hereditaria, en situaciones de interinidad, parece lógico reconocer los derechos derivados de las participaciones sociales a quien corresponda la administración y representación de la herencia. La propia jurisprudencia (STS 27 Oct. 1972) no es contraria a reconocer que el administrador de la herencia pueda asistir a la junta como representante de las participaciones sociales del causante".

Expresa el art. 35 LSRL que en caso de copropiedad de las participaciones sociales, los copropietarios habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuentas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre las participaciones.

Pues bien la designación de un representante común que ejercite los derechos de las participaciones sociales cuando pertenezcan a una comunidad hereditaria podrá corresponder al albacea testamentario (arts. 901 y 906 CC) y, en su defecto, al administrador designado por los coherederos o al juez (art. 1020 CC y 790 y ss LEC). Por lo que al margen de la discusión doctrinal de si el socio es la comunidad hereditaria o cada uno de sus copartícipes que la integran, es lo cierto que los derechos derivados de tal condición, en esa situación de cotitularidad e indivisibilidad de las participaciones, deben ser ejercitados por un representante común, que en el caso fue el administrador judicial de las participaciones sociales.

CUARTO.- Con relación a la transmisión inter-vivos del 2% de las participaciones sociales de la mercantil EAJ-50 Radio Las Palmas, SL mediante escritura pública de compraventa, de 29 de mayo de 1997, conviniendo recurrente y recurrida en que ese 2% de las participaciones vendidas por don Juan Alberto a doña Loreto eran las que pertenecían a don Everardo , cuya titularidad dominical venía reconocida en la escritura pública de transformación de Sociedad Anónima en SL otorgada con fecha 22 de junio de 1992, no ha quedado probado en esta litis que posteriormente don Everardo se hubiera despojado de esas doce participaciones sociales transmitiéndoselas a don Juan Alberto .



A tal efecto se acompañó a la contestación a la reconversión un documento de igual fecha 29 de mayo de 1997 que no puede tomarse en consideración como documento de su venta porque en el mismo no se expresa ni la sociedad a que se refieren las participaciones sociales que se venden, y desde luego no se indica que sean las de la mercantil EAJ 50 Radio Las Palmas SL, porque su objeto se refiere a acciones, que además cotizan en bolsa, y no a participaciones sociales, y porque no se dice tampoco a quien se venden las participaciones.

Por otra parte tal venta no ha sido averada por el presunto vendedor don Everardo e incluso el citado documento privado impugnado por la apelada contradice lo dispuesto en el contrato de compraventa mercantil de las participaciones sociales de 29 de mayo de 1997, pues en este documento público se significa como título de propiedad de las participaciones por el vendedor la escritura pública de transformación de Sociedad Anónima en Limitada otorgada con fecha 22 de junio de 1992, cuando ese título de propiedad justificaba el dominio por el vendedor de las 588 participaciones restantes, pero no de esas concretas doce participaciones sociales por valor de 60.000 ptas de la titularidad dominical de don Everardo .

Obra en autos acuerdo societario de Junta General Extraordinaria de 4 de junio de 1997 certificado por la Secretaria del Consejo de Administración doña Loreto en el que se hace constar que habiendo concurrido los socios don Juan Alberto , titular del 98% de las acciones y doña Loreto , titular del 2% restante, acuerdan el cese del cargo del Secretario por renuncia al mismo de don Everardo , designándose en su lugar a doña Loreto . Sin embargo, el documento público de compraventa de 29 de mayo de 1997, por el que don Juan Alberto vendía a doña Loreto las doce participaciones sociales, que eran propiedad de don Everardo , por sí solo no permite transmitir la propiedad de esas participaciones sociales del vendedor don Juan Alberto a la compradora doña Loreto , pues no justificándose su titularidad dominical por el vendedor nos hallaríamos ante una venta de cosa ajena por lo que la compradora no habría llegado a adquirir su propiedad, es decir la compraventa es válida pero no habría existido transmisión de la propiedad de esas participaciones sociales a la compradora por falta de capacidad dispositiva en el transmitente. Siendo ello así, se da la ineficacia de la transmisión frente a la sociedad a que se refiere el artículo 34 de la LSRL .

En efecto debemos distinguir entre la compraventa en si misma de las participaciones, y la efectiva transmisión de su propiedad. Tal distinción no es baladí.

Los contratos, de acuerdo con los artículos 1091, 1254, 1258, 1261 y 1450 del C.C , tienen fuerza de ley entre las partes, existen desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio, se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, deben necesariamente concurrir en ellos el consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca, y específicamente en la compraventa, esta se perfecciona entre comprador y vendedor y es obligatoria para ambos si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.

Por el contrario la transmisión del dominio y los demás derechos reales opera en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con el artículo 609 del CC , por ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

No es lo mismo la nulidad del contrato que la nulidad de la transmisión. La transmisión del dominio es un efecto normal de la compraventa si la misma se produce acompañada de la tradición, pero debe, además de los requisitos contemplados en el artículo 1261 del C.C , en principio, tener el vendedor la capacidad de disposición sobre la cosa y ser titular del dominio que pretende transmitir al comprador, en virtud de la máxima "nemo plus iure transferre potest quam ipse habet". El contrato de compraventa puede ser válido en cuanto negocio jurídico generador de obligaciones y, sin embargo, no producir el efecto transmisivo de la propiedad, siendo en este caso la transmisión nula o inoperante en tal forma que el comprador no llega a ser propietario de la cosa objeto del contrato y ésta no se integra en su patrimonio.

Y esto es lo sucedido en el caso de autos siendo válida la compraventa de las participaciones sociales documentada en la escritura pública de 29 de mayo de 1997, pero al no ser el vendedor propietario de su objeto, de las participaciones sociales, al no constar que previamente se hubiera desprendido de ellas don Everardo , no pudo el vendedor Sr. Juan Alberto transmitir su dominio a la compradora doña Loreto por lo que y a los solos efectos de lo que aquí se discute el citado de documento público de compra venta mercantil de doce participaciones sociales no justifica la propiedad de las mismas por la recurrente.

QUINTO.- No procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales devengadas en esta alzada, dada la complejidad jurídica y dudas en que se enmarca la cuestión debatida abundada por la existencia de diferentes resoluciones judiciales y coexistencia de distintas y sucesivas administraciones, orgánica y subalterna, en la sociedad apelada (arts. 394 y 398 LEC).

Por cuanto antecede, y atendidos los preceptos de aplicación general:



FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por EAJ 50 Radio Las Palmas, SL contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2007 dictada en el juicio ordinario nº **87/2006** por el Juzgado Mercantil nº 1 de Las Palmas de GC, sin que proceda hacer expreso pronunciamiento respecto al pago de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.-

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ