



Roj: **SAP MA 1818/2003 - ECLI:ES:APMA:2003:1818**

Id Cendoj: **29067370062003100196**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **12/05/2003**

Nº de Recurso: **701/2002**

Nº de Resolución: **162/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE JAVIER DIEZ NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO UNO DE MARBELLA.

JUICIO ORDINARIO NÚMERO 185/2001.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO **701/2002**.

SENTENCIA Nº 162/2003

Il'tmos. Sres.:

Presidente:

Don Antonio Alcalá Navarro

Magistrados:

Don José Javier Díez Núñez

Doña María Inmaculada Suárez Barcena Florencio

En la Ciudad de Málaga, a doce de mayo de dos mil tres. Vistos, en grado de apelación,

ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número 185 de 2001, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Marbella, sobre nulidad de acuerdos sociales, seguidos a instancia de Doña Andrea , y de Don Donato , Luis Enrique , Irene y Manuel , todos ellos menores y representados legalmente por su madre, defendidos por el Letrado Don Javier Cervantes Jiménez, contra la entidad mercantil "Incopromar S.L.", defendida por el Letrado Don Carlos Herrero Tejedor Algar; actuaciones que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Marbella se siguió juicio ordinario número 185/2001, del que este Rollo dimana, en el que con fecha trece de marzo de dos mil dos se dictó sentencia definitiva en la que se acordaba en su parte dispositiva: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el procurador D. José Manuel Rosa Sánchez, en nombre y representación de Andrea , Donato , Luis Enrique Y Irene contra MERCANTIL INCOPROMAR S.L. condenando a los actores al abono de las costas procesales causadas en esta instancia".

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, en tiempo y forma, preparó y posteriormente formalizó por escrito recurso de apelación la representación procesal de la parte demandante, siendo impugnado en su fundamentación por la parte contraria, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Audiencia en donde al no proponerse prueba ni considerarse necesaria la celebración de vista pública, se señaló para deliberación



del tribunal la audiencia del pasado día cinco de marzo, quedando a continuación las actuaciones concluidas para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso han sido observados y cumplidos los requisitos y presupuestos procesales previstos por la Ley, habiendo sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don José Javier Díez Núñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A los efectos resolutorios de las cuestiones que se someten a deliberación del tribunal colegiado de la segunda instancia, se hace procedente establecer las siguientes premisas fácticas que constan convenientemente acreditadas en las actuaciones, sin perjuicio de las matizaciones que posteriormente se expresarán: 1) Que con fecha quince de noviembre de mil novecientos noventa y seis, Don Juan Manuel y Don Roberto en escritura pública otorgada ante el Notario de Madrid Don Luis Sánchez Marco constituyeron la sociedad mercantil de responsabilidad limitada "Incopromar S.L." con un capital social de quinientas mil pesetas (500.000 ptas.) dividido en cien participaciones, suscribiendo el primero de ellos las comprendidas entre los números uno a noventa y cinco y el otro las cinco restantes, del noventa y seis a la cien, lo que representaba, respectivamente, un 95% y 5% del capital social, designándose como administrador único por tiempo indefinido con todas las facultades atribuidas en los estatutos sociales a Don Juan Manuel ; 2) Que con fecha dieciocho de noviembre siguiente, Don Juan Manuel cede, vende y transmite a Don Paulino diez participaciones sociales, concretamente las comprendidas entre los números ochenta y seis a noventa y cinco, ambas inclusive, quedando distribuido el capital social en un 85% a favor de Don Juan Manuel , un 10% a favor de Don Paulino y un 5% de Don Roberto ; 3) Que con fecha dos de mayo de mil novecientos noventa y ocho se produce el fallecimiento de Don Juan Manuel , constando como el tres de diciembre de mil novecientos noventa y dos había otorgado testamento abierto ante el Notario de Madrid Don Luis Sánchez Mora, en el que figuraba legar a Doña Andrea el usufructo universal y vitalicio de la totalidad de la herencia, con relevación de fianza e inventario y con facultad de tomar posesión por sí sola del legado pudiendo optar la legataria, en lugar de dicho legado, por el tercio de libre disposición de la herencia, en pleno dominio, sin perjuicio de la cuota legitimaria que pudiera corresponderle, instituyendo como herederos de todos sus bienes, derechos y acciones a sus hijos por partes iguales y designando como albacea contador-partidor a Don Juan Francisco ; 4) Que con fecha veinticinco de junio de mil novecientos noventa y ocho se celebró Junta General Extraordinaria en la que fue nombrada como DIRECCION000 Doña Andrea , y 5) Que con fecha diecinueve de marzo de dos mil uno se celebró Junta Universal a la que asistieron Don Roberto , Don Paulino y Don Juan Francisco , como albacea testamentario de la herencia del fallecido Sr. Juan Manuel , acordando el cese de la anterior DIRECCION000 Sra. Andrea y designando a Don Juan Francisco , presentándose demanda judicial por la cesada en su propio nombre y en representación de sus menores hijos con fecha dieciocho de marzo siguiente en la que procedió a impugnar el acuerdo adoptado en la Junta Universal a que nos hemos referido con anterioridad por entender que en ella no estaba representado todo el capital social, tal y como dispone el artículo 48 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pretensión que fue desestimada por la juzgadora de primer grado apreciando en la Sra. Andrea falta de legitimación "ad causam" por no ostentar la condición de socia, y en cuanto al fondo de la cuestión consideraba que el albacea testamentario, a tenor de lo dispuesto en los artículos 892, 902 y 903, todos ellos del Código Civil, tenía facultad para intervenir en nombre de la herencia yacente en la Junta Universal, pronunciamiento judicial definitivo contra el que se alza la representación procesal de los actores mostrándose plenamente disconforme con la desestimación de la demanda, entendiéndose que la Sra. Andrea , a tenor de la cláusula primera del testamento otorgado por Don Juan Manuel le facultaba a optar entre el legado concedido o por el tercio de libre disposición, en pleno dominio, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria, lo que justificaba, a su entender, que la norma contenida en el artículo 36 de la Ley 2/1995 había sido erróneamente interpretada por la juzgadora "a quo", por cuanto que al encontrarse el patrimonio relicto en forma indivisa a favor de una pluralidad de personas que habían aceptado la herencia, hasta que se practicara la partición y se optara sobre el contenido del legado, todos ellos, los actores, ostentaban un verdadero derecho subjetivo de naturaleza real y universal sobre patrimonio hereditario, legitimando a Doña Andrea para ejercitar sus derechos sobre dicho patrimonio globalmente, añadiendo que, además, en su condición de DIRECCION000 cesada, conforme a lo establecido en el artículo 117.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, estaba facultada para impugnar acuerdos sociales, considerando en cuanto a la cuestión de fondo que las únicas facultades que le venía conferidas al albacea testamentario por el causante era la de hacer entrega de los legados, en observancia de lo dispuesto en los artículos 901 y 902.2 del Código Civil, no ostentando la representación y ejercicio por sí solo de los derechos políticos de las participaciones sociales pertenecientes a la herencia yacente, ya que el artículo 902.4 del referido Cuerpo legal sustantivo si bien admite que el albacea testamentario tome las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, ha de hacerlo con la intervención de los herederos presentes, sin que constara en



autos que ninguno de los herederos concediera autorización expresa por escrito al albacea para intervenir en su nombre y representación el la Junta General Universal.

SEGUNDO.- Planteada la disconformidad con el fallo desestimatorio dictado en la anterior instancia en los términos recogidos en el anterior apartado, debemos partir de la consideración de que el albaceazgo, más que un propio mandato, por la dificultad de ejercicio, dado que el mandante ha fallecido - artículo 1732.3 del Código Civil-, se configura como un cargo especial testamentario - artículo 892 del Código Civil- en el que predominan funciones tuitivas y de gestión amplias -etimológicamente proviene del vocablo árabe al waci (gestor) y denominado en nuestro Derecho histórico como cabezalero y mansesor- y tiende a la ejecución de la voluntad del de cuius designante, reflejada en el correspondiente testamento, con plan y proyección que sujeta su actuación, para culminar la testamentaria y en la mayoría de los supuestos con funciones acumuladas de contadores-partidores - artículo 1057 del Código Civil-, con la liquidación, división y adjudicación de los bienes a los coherederos y sucesores - T.S. 1ª SS. de 15 de abril de 1982, 13 de abril de 1992 y 20 de febrero de 1993-, indicándose por la doctrina jurisprudencial como en los casos en los que la designación de albacea en el testamento como contador-partidor, sin conceder facultades especiales, pero sin prohibir ninguna, impide reducirlas a las de contar y partir, sino que debe entenderse que queda investido de todas las facultades necesarias para cumplirla voluntad del testador - T.S. 1ª S. de 15 de abril de 1982-, es decir, no solamente debe proceder a ejecutar la voluntad del testador sino que, además, ha de velar por que se lleve a la práctica la última voluntad, dato este esencial a los efectos que se debaten en litis, por cuanto que si bien ciertamente cabe la posibilidad de deslindar la figura de albacea de la del administrador, cuando se trata de albacea universal ha de cuidar de la herencia, haciendo extensibles sus facultades tanto al cumplimiento del testamento como sobre los bienes de la herencia, de manera que la distinción abstracta entre albacea y administrador sólo es exacta si se refiere a la misión que a falta de atribuciones del testador tienen los albaceas particulares, atribuciones que son entonces las que la ley fija, refiriendo la doctrina científica como aunque se podría intentar argumentar diciendo que realmente la misión típica del albacea es la ejecución, y la del administrador la administración, y que lo que ocurre es que el albacea que tiene administración es un conjunto de albacea y administrador, la distinción de lege ferenda no vale para nuestro Derecho vigente, pues el albacea puede tener facultades administrativas y de cuidado de bienes, sin que se pueda decir que entonces coincidan dos cargos en la misma persona, sino que ésta posee uno sólo, el de albacea, con más o menos atribuciones, todo ello sin olvidar que, como señala la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre de 1999, con cita expresa de las anteriores de 1 de febrero de 1910, 6 de febrero de 1982 y 20 de febrero de 1993, entre otras, que las funciones del albacea testamentario, conforme establece el artículo 909 del Código Civil, son personalísimas y no delegables mientras el testador no haga extensiva la confianza a esta facultad de delegación .

TERCERO.- Así las cosas, respondiendo al primero de los motivos en que se apoya el recurso de apelación, considera el tribunal "ad quem" que el pronunciamiento emitido por la juzgadora en su sentencia es ajustado a derecho, por cuanto que el artículo 36.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, deja patente que en caso de usufructo de participaciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, teniendo el usufructuario el derecho al percibo de los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo, norma legal que recoge el artículo 11 de los Estatutos, no siendo de recibo la tesis argumental defendida por la recurrente, por cuanto que la herencia se encuentra en estado de yacencia e indivisión y en ella la Sra. Andrea aún no ha ejercitado su derecho de opción concedido en su favor por el testador, sin que las participaciones sociales se hayan adjudicado a nadie, sin que, por otro lado, en oposición a la tesis apelante, se actuara por los herederos en la forma prevenida por el artículo 35 de la Ley 2/1995, lo que significa que el albacea universal, a tenor de las consideraciones anteriormente expuestas, ostentaba la función de representación de la herencia en la Junta General Universal que se impugna, celebrada de conformidad con lo prevenido por el artículo 48 de la precitada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dado que, como se ha dicho, el albacea universal ostenta funciones no solamente de ejecución, en sentido estricto, del testamento, sino también de gestión de los bienes y representación de la herencia en todo cuanto sea preciso para dejar ultimada por completo la sucesión, consideración ésta que así debió de entenderlo la propia parte actora cuando procedió a elevar a público con fecha veintiséis de junio de mil novecientos noventa y ocho el acuerdo adoptado en Junta General Extraordinaria del día inmediato anterior por el que se le designaba como DIRECCION000 , acuerdo que se plasmó con la intervención de los socios Don Roberto y Don Paulino , junto con la participación de Don Juan Francisco , como albacea en representación de la herencia yacente e indivisa del fallecido Sr. Juan Manuel -documento número 5 de la demanda- (folios 40 a 47) y por la notificación de convocatoria de Junta General que por conducto notarial practicó la Sra. Andrea con fecha ocho de marzo de dos mil uno a Don Juan Francisco "en nombre y representación como albacea de la herencia yacente de don Juan Manuel " -documento número 6 de la demanda- (folios 48 a 59), implicando la pretensión de la actora el ir en contra de la doctrina de los actos propios, sin que, finalmente, sea atendible la impugnación que se introduce "ex novo" en su condición de DIRECCION000 , dado que en el escrito inicial



de demanda no se recogía dicha circunstancia, representando el cambio introducido una alteración de los términos en que se llevó a cabo el debate en la relación jurídico procesal.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, procederá imponer las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Doña Andrea y Don Donato , Don Luis Enrique , Doña Irene y Don Manuel , contra la sentencia de trece de marzo de dos mil dos dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Marbella en autos de juicio ordinario número 185 de 2001, confirmando íntegramente la misma, debemos acordar y acordamos imponer las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

Devuélvanse las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado del que dimanen, para que proceda llevar a cabo su cumplimiento y ejecución.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública, en la Sala de Vistas de este Tribunal, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.