



Roj: **SAP M 10700/2013 - ECLI:ES:APM:2013:10700**

Id Cendoj: **28079370122013100227**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **23/05/2013**

Nº de Recurso: **101/2012**

Nº de Resolución: **423/2013**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 12

MADRID

SENTENCIA: 00423/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN DUODÉCIMA

RECURSO DE APELACION Nº 101/12

JDO. 1ª INST. Nº 62 DE MADRID

AUTOS Nº 1548/09 (ORDINARIO)

DEMANDANTE/APELADA: Dª Enma

PROCURADOR: D. ALEJANDRO UTRILLA PALOMBI

DEMANDADO/APELANTE: D. Sixto

PROCURADOR: D. JAVIER HUIDOBRO SÁNCHEZ-TOSCANO

DEMANDADA/APELANTE: URBAR INGENIEROS, S.A.

PROCURADOR: D. VICTORIO VENTURINI MEDINA

PONENTE: ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

SENTENCIA Nº 423

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSE LUIS DIAZ ROLDAN

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

En Madrid, a veintitrés de mayo de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Procedimiento Ordinario nº 1548/09, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 62 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo nº 101/12, en los que aparece como demandante-apelada D. Enma representada por el Procurador D. Alejandro Utrilla Palombi y como demandados- apelantes D. Sixto representado por el Procurador D. Javier Huidobro Sánchez-Toscano, y la Mercantil URBAR INGENIEROS S.A. representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina, sobre nulidad contractual, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 62 de Madrid, se dictó sentencia con fecha 14 de Octubre de 2011 , cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Que estimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Utrilla Palombi en nombre y representación de D^a Enma , contra D. Sixto , representado por el Procurador Sr. Huidobro Sánchez-Toscano y URBAR INGENIEROS, S.A., representada por el Procurador Sr. Venturini Medina, en el sentido de declarar la anulabilidad del acuerdo transaccional celebrado entre D. Sixto y URBAR INGENIEROS, S.A. en fecha 2 de septiembre de 2005 en lo relativo a la transmisión de las acciones, condenando a los demandados a restituir a la sociedad de gananciales Sixto Enma de forma inmediata las 191.940 acciones de URBAR INGENIEROS, S.A., y declarando que su reparto se dispondrá en el procedimiento judicial que conoce de la liquidación de dicha sociedad y, en caso de no proceder a tal devolución por la pérdida de la cosa transmitida, se condene a los demandados a la reparación del perjuicio causado a la sociedad de gananciales, condenándolos a abonar solidariamente a la sociedad de gananciales Sixto Enma la cantidad de 821.503,20 euros junto a los intereses legales desde la interpelación judicial, imponiendo a los demandados las costas procesales causadas."

Notificada dicha resolución a las partes, por las representaciones procesales de los demandados se interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron admitidos, dándose traslado a la otra parte, que se opuso a ambos recursos y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para deliberación, votación y fallo el pasado día 22 de Mayo, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PLANTEAMIENTO DEL PROCESO.

PRIMERO.- Doña Enma ejercita en este proceso las acciones de nulidad absoluta, de nulidad relativa, de rescisión y de resarcimiento de daños y perjuicios, todas ellas acumuladas de forma subsidiaria y por el orden expuesto, referidas al contrato de transacción que los demandados, Don Sixto y URBAR INGENIEROS, S.A. (en adelante, URBAR), celebraron el 2 de septiembre de 2.005, en cuanto en dicho contrato Don Sixto transmitió a URBAR las acciones de dicha entidad que estaban a nombre de aquél, pero que pertenecían a la sociedad de gananciales formada entre demandante y demandado, sin el consentimiento de Doña Enma .

A dicha demanda se opusieron los demandados, planteando diversas excepciones procesales (prejudicialidad civil y litisconsorcio pasivo necesario) que ya, o se han agotado, o no se mantienen, y aduciendo, en síntesis, tanto el conocimiento y consentimiento por parte de la demandante al acuerdo transaccional, que, en todo caso, resultaba beneficioso para la propia sociedad de gananciales, y la virtualidad del artículo 1.384 del Código Civil , que haría válido el negocio, al estar las acciones transmitidas únicamente tituladas a nombre de Don Sixto .

La Juez de Primera Instancia dictó sentencia en la que acogió la acción de anulabilidad, al no haber prestado la demandante consentimiento para la transmisión de las acciones, que ambos demandados sabían eran gananciales, y, conforme al artículo 1.303 del Código Civil , impuso a éstos la restitución a la sociedad de gananciales que existió entre Doña Enma y Don Sixto de 191.940 acciones, y si no era posible tal restitución in natura, condenaba a los demandados a reintegrar a aquella sociedad ganancial el valor que tenían las acciones al tiempo de interponer la demanda, que cifra en 821.503,20 euros.

SEGUNDO.- Tal sentencia es apelada por los dos demandados.

En primer término, la representación procesal de URBAR, tras hacer una exposición previa y fijar los hechos que considera se han de dar por probados y determinar el objeto de la controversia, basa su recurso en las siguientes alegaciones impugnatorias: 1^a infracción de Ley por inaplicación del artículo 1.384 del Código Civil , negando que el otro demandado hubiera actuado en fraude de los derechos de la demandante, y afirmando la buena fe de URBAR, de modo que debe alcanzarle la protección que se deriva de aquel precepto; 2^a omisión de la valoración de los propios actos de la demandante, incurriendo ésta, además, en retraso desleal en el ejercicio de la acción, pretendiendo trasladar a URBAR su propia negligencia; 3^a infracción por aplicación incorrecta del artículo 1.303 del Código Civil , por cuanto, en primer término, la sentencia no reconoce el derecho de URBAR a ser reintegrada de lo que fue materia de la transacción (importe del préstamo que tenía concertado Don Sixto , y cantidades reclamadas en el procedimiento ordinario 79/2.005), y, en segundo término, yerra al fijar el número de acciones a restituir y su valor. A modo de resumen, concluye el recurso exponiendo el error en



la motivación de la sentencia respecto de todos los puntos anteriormente expuestos, y solicita, con carácter principal, la desestimación íntegra de la demanda, y, subsidiariamente, se declare que, como consecuencia de la nulidad, URBAR ha de ser restituida de todo aquello que fue materia de la transacción, así como que la demandante y el codemandado habrían de recibir como máximo 95.970 acciones de 0,50 euros de valor nominal, o caso, de haberlas transmitido, que la cantidad máxima a pagar ascendería a 299.822,70 euros.

Por su parte, la representación de Don Sixto , reiterando su oposición a la demanda, basa su recurso en la infracción de los artículos 1.261 , 1.384 , 1.382.4 y 1.365.2 del Código Civil y en el error en la valoración de la prueba en que habría incurrido la Juez. En todo caso, considera acertada la sentencia en cuanto no se pronuncia sobre el resto de contraprestaciones contenidas en el acuerdo transaccional, tema sobre el que no ha habido controversia. Por eso, solicita se revoque parcialmente la sentencia, entendiéndose, por el conjunto de sus alegaciones, que lo que se pretende con esa revocación parcial es la desestimación de la demanda, y, en todo caso, que no se entre a valorar el destino de las contraprestaciones, distintas a la devolución o reintegración de las acciones transmitidas, contenidas en la transacción.

Los recursos fueron impugnados por la demandante.

TERCERO.- Con este planteamiento, sucintamente expuesto, la controversia queda reducida a dos puntos esenciales: 1º la validez o nulidad (en todo caso, relativa -pues la de nulidad absoluta no fue acogida por la Juez y no se apela este extremo de la sentencia) del acuerdo transaccional, lo que entraña determinar si hubo o no consentimiento por parte de la demandante, o si, aun no habiéndolo, puede entenderse abusiva su impugnación, y, en todo caso, determinar el alcance del artículo 1.384 del Código Civil , en el supuesto de que no hubiera habido consentimiento de la demandante, y 2º las consecuencias exactas de la declaración de nulidad, si hubiera de ser ésta mantenida.

En todo caso, ha de señalarse que la validez del negocio impugnado necesariamente se ha de enjuiciar en relación a los dos demandados, pues si se llegara a la conclusión de estar protegido URBAR por la disposición del artículo 1.384 del Código Civil , la demanda se habría de desestimar, aunque se pudiera constatar el exceso en el acto de disposición por parte de Don Sixto , en cuyo caso, el negocio sería inatacable, y quedarían a la demandante las acciones para obtener en la masa ganancial el reintegro por su ex esposo de aquello en que hubiera sido perjudicada.

En suma, lo que se ha de valorar en este proceso, para resolver las distintas cuestiones que conforman su objeto, son las relaciones externas que se derivan del acto de disposición, y no las meramente internas que se generan exclusivamente entre los que fueron titulares de una sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada.

HECHOS ACREDITADOS

CUARTO.- Aunque pueden inferirse del contenido de la sentencia, una adecuada sistemática de nuestra resolución exige ineludiblemente sistematizar los hechos que se han acreditado en este proceso, pues sólo desde la realidad probada podrá darse correcta contestación a las distintas cuestiones que se plantean.

Así, de la documentación aportada y de las declaraciones vertidas en juicio (examinadas por este Tribunal mediante el visionado de la grabación de dicho acto), resulta lo siguiente:

1º Don Sixto y Doña Enma contrajeron matrimonio, ambos en segundas nupcias, el 16 de diciembre del 2.000, estando sujetos al régimen legal de sociedad de gananciales.

2º El 25 de junio de 2.001 Don Sixto aportó a dicha sociedad de gananciales tanto el inmueble sito en Villanueva de la Cañada, gravado con la hipoteca que se referencia en la propia escritura, que constituía el domicilio familiar, y 1.045 acciones de la sociedad URBAR INGENIEROS S.A., nominativas y con los números 3.201 al 3.890 y 6.746 al 7.600 todas inclusive, valoradas en la escritura de aportación en 10.000.0000 de pesetas (60.101,21 euros), estando libres de cargas.

Aunque en la correspondiente escritura (documento 23 de la demanda) el aportante manifestaba haber sido compensado por su esposa, no se ha podido determinar en este proceso si realmente hubo o no tal compensación. Las declaraciones de la demandante en juicio, al respecto, son sumamente confusas.

Sobre la titularidad de tales acciones, promovió proceso la primera esposa de Don Sixto , Doña Hortensia , sosteniendo el carácter ganancial de las mismas y su pertenencia a la sociedad de gananciales formada por ella y Don Sixto , proceso que concluyó por sentencia de la Sección 13ª de esta Audiencia de fecha 24 de mayo de 2.010 que vino a declarar el carácter privativo de las acciones, carácter que tenían, por tanto, cuando Don Sixto las aportó a la sociedad de gananciales formada con la aquí demandante. Tal sentencia ha quedado firme.



3º Las acciones las había adquirido Don Sixto por escritura pública otorgada el 7 de junio de 1.997 por valor de 10.000.000 de pesetas, desembolsando en el momento de la adquisición una peseta, comprometiéndose a abonar el resto en el plazo máximo de los siguientes cinco años, en plazos anuales de 2.000.000 de pesetas.

A su vez, la entidad INTER ATLANTIC CAPITAL PARTNERS (SUISSE) S.A. prestó a Don Sixto la cantidad de 20.000.000 de pesetas, con efecto de 21 de octubre de 1.997, con un interés remuneratorio del 5% anual. Dicho préstamo, que Don Sixto afirma haber utilizado para la adquisición de las acciones, fue cedido por la prestataria a INTER ATLANTIC CAPITAL PARTNERS (LUXEMBOURG) S.A., y ésta, a su vez, en fecha 1 de septiembre de 2.005, lo cedió a URBAR (documentos 18, 19 y 29 de la demanda).

4º Don Sixto ostentó el cargo de Consejero Delegado de URBAR desde el 3 de julio de 1.996 hasta el 8 de julio de 2.004, fecha en que se oficializó la dimisión que Don Sixto que había presentado el 20 de mayo de ese año.

5º Coincidiendo con este cese, se produjo la separación de hecho del matrimonio formado por Don Sixto y Doña Enma , que desembocó después en separación (por Sentencia de la Audiencia de 8 de junio de 2.006) y posterior divorcio (por Sentencia del Juzgado de 27 de junio de 2.008).

6º A raíz de esta conflictividad matrimonial, Doña Enma dirigió las siguientes comunicaciones a las siguientes personas y entidades, haciendo valer los derechos que estimaba ostentar sobre el paquete accionario:

a) El 30 de julio de 2.004 se dirigió a la Asesoría Jurídica de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (donde Don Sixto tenía depositadas las acciones), informándole de la titularidad "compartida" sobre las mismas, según al documento notarial aportado, y, por ello, se dirigía a esa entidad "para que Don Sixto no pueda disponer sin mi consentimiento de la parte que me corresponden que es el 50%" (documento 24 de la demanda). Tal comunicación fue contestada por la Asesoría Jurídica de la Caja en fecha 6 de agosto de 2.004, informándole de las acciones que Doña Enma podía ejercitar ante los Tribunales (folio 130).

b) El 19 de agosto de 2.004 se dirigió a Don Sixto , solicitándole información sobre las acciones de URBAR, y requiriéndole para que se designase una persona que pudiera ejercer los derechos que les correspondiera como cotitulares, remarcado que "no quedas autorizado para realizar acto alguno de administración o por supuesto disposición sobre esos bienes" (documento 25 de la demanda). Esta comunicación fue contestada por Don Sixto en fecha 24 de agosto, negándose al nombramiento de tercero que los representara en el ejercicio de los derechos asociados a las acciones, y, en todo caso, le señalaba que "no pretendo llevar a cabo acto de disposición alguno sobre esas acciones" (documento 28 de la demanda).

c) El día 19 de agosto, se dirigió a la Vicesecretaría del Consejo de Administración de URBAR, Doña María Rosario , comunicándole estar en proceso de separación de su esposo, notificándole haber requerido a Don Sixto para que se abstuviera de hacer cualquier actuación sobre las acciones y para que se designara tercera persona que ejerciera los derechos inherentes a las mismas (documento 26 de la demanda).

d) Igual comunicación con igual contenido efectuó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en fecha 23 de agosto de 2.004 (documento 27 de la demanda).

e) El 6 de octubre de 2.004, se dirige nuevamente a Doña María Rosario , diciéndole que, como no se había logrado acuerdo con su esposo para designar a un tercero que los representara, le informaba de su "negativa (a) que Don Sixto represente el 2.5% que me corresponde, y en cualquier caso deseo que hasta no se nombre representante de común acuerdo, dichas acciones queden sin representación" (documento 29 de la demanda), decisión que igualmente trasladó en la misma fecha a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (documento 30 de la demanda).

f) El 10 de enero de 2.005, Doña Enma , ante la ausencia de nombramiento de representante para ejercicio de los derechos accionariales, remitió a Don Sixto comunicación con traslado de la "documentación que he depositado en URBAR y en la CNMV a este respecto" (documento 32 de la demanda).

g) En esa fecha de 10 de enero de 2.005, dirigió comunicación a Doña María Rosario , en la que, manifestándole haberse enterado que en la última Junta de URBAR fue representado el paquete accionario cuestionado por una persona que no fue nombrada de común acuerdo, le requería para que le informara "personalmente de cualquier acontecimiento societario, para que pueda tomar las medidas oportunas en caso que Don Sixto quisiera arrogarse prerrogativas que no le corresponden y defender los derechos que me corresponden como cotitular de las acciones".

h) La cuestión relativa al nombramiento de tercero, y a la oposición de la demandante para que fuera Don Sixto quien ejerciera por sí solo los derechos derivados de las acciones, motivan comunicaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (con entrada en dicho organismo el 2 de febrero de 2.005 -documento 34 de la demanda), y a Don Sixto y Doña María Rosario en fecha 10 de junio de 2.005 (documento 35 de la demanda).



7º Por parte de URBAR, consta que, ante la comunicación de 19 de agosto, el Secretario del Consejo de Administración, Don Celso , remitió el 20 de diciembre de 2.004, tanto a Doña Enma como a Don Sixto , requerimiento para que, de conformidad con el artículo 66.2 de la Ley de Sociedades Anónimas , nombraran representante común para el ejercicio de los derechos de accionista. "Entretanto- se concluía- no les podrá ser reconocido el ejercicio individual de ningún derecho a uno solo de los dos copropietarios".

Esta comunicación, se encabezaba con la siguiente frase: "Con fecha 19 de agosto pasado Doña Enma comunicó y acreditó documentalmente a esta sociedad ser cotitular, junto con Don Sixto , de 47.895 títulos de la compañía" (documento 31 de la demanda).

8º Por otro lado, a raíz del cese de Don Sixto como Consejero delegado de URBAR, se suscitaron dos procesos entre ellos:

- Por una parte, una reclamación laboral de Don Sixto a URBAR (procedimiento ordinario 826/2004, del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid), desconociéndose el contenido exacto de su objeto, aunque, según declaró Don Sixto en el juicio, se trataba de una "reclamación laboral normal", por salarios y otros conceptos semejantes; dicho proceso llegó, a instancia de Don Sixto , incluso a suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia.

- Por otra parte, URBAR dedujo ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid el juicio ordinario nº 70/2005, en el que ejercitaba contra Don Sixto acción de responsabilidad como administrador de la Compañía, reclamándole 299.442,77 euros, más lo que una determinada entidad pudiera reclamar a URBAR. La demanda se basaba en la distracción de fondos de la compañía para usos particulares, obtención de retribuciones no autorizadas mediante abono de facturas por servicios no prestados, y asunción de obligaciones con cargo a URBAR pese a la expresa oposición de ésta (documento nº 2 de la contestación de Don Sixto).

9º En ese contexto, el 2 de septiembre de 2.005 se llegó entre URBAR y Don Sixto a una transacción con el fin de poner término a esos dos procesos, y liquidar todas las diferencias entre las partes.

En concreto, Don Sixto desistía de la reclamación laboral y URBAR de la acción de responsabilidad. Asimismo, URBAR, ya como titular del préstamo que le fue concedido a Don Sixto por INTERATLANTIC CAPITAL PARTNERS, renunciaba a la reclamación de las cantidades debidas por Don Sixto como consecuencia del mismo. Por su parte, Don Sixto cedía a URBAR, libres de cargas y gravámenes, las acciones de dicha entidad que figuraban a su nombre (47.895, de 1 euro de valor nominal), que URBAR adquiriría en autocartera.

En dicho contrato, elevado a público (documento 36 de la demanda), no intervino Doña Enma .

10º En los procesos judiciales que se derivaron de la separación de Don Sixto y Doña Enma , ésta solicitó el inventario de la sociedad de gananciales, en cuya solicitud, fechada el 5 de julio de 2.006, incluía como activo el "derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente a Don Sixto por el importe del beneficio o lucro que el acto de disposición que supuso la enajenación de 47.895 acciones de URBAR INGENIEROS, S.A., le generó, y por el que se ocasionó, de forma dolosa, un evidente perjuicio a la sociedad de gananciales" (documento 5 de la contestación de Don Sixto).

11º Por otro lado, al contestar Doña Enma la demanda que interpuso la primera esposa de Don Sixto sosteniendo la pertenencia de las acciones a la sociedad ganancial formada con ella, reflejó al trasmisión producida por el acuerdo transaccional, si bien reseñando que esa disposición se había hecho "sin el conocimiento y, por tanto, sin el consentimiento, de la Sra. Enma ", reservándose expresamente las acciones legales contra Don Sixto . Tal escrito de contestación está fechado el 16 de septiembre de 2.005, aportándose, como documento nº 4 del mismo copia de la escritura de elevación a público del contrato transaccional, desconociéndose con exactitud el modo en que llegó a poder de Doña Enma , o de su representación procesal en aquel proceso, la copia de tal escritura (documento 3 de la contestación de Don Sixto).

12º A pesar de la diferente cuantificación que, en sucesivas fases, han tenido las acciones tituladas a nombre de Don Sixto , éstas siempre han representado el 5% del capital social (declaración en juicio de Don Sixto), viniendo determinada la variación en su número por la adaptación al euro, y por sucesivos desdoblamientos de las acciones, así como aumento de capital que motivó que de forma gratuita se entregaran más acciones a los socios. Por eso, al tiempo de interponer la demanda iniciadora de este proceso las iniciales acciones tituladas a nombre de Don Sixto equivaldrían a 191.940.

EXAMEN DEL CUESTIONADO CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LA DEMANDANTE AL ACUERDO TRANSACCIONAL.

QUINTO.- Sobre estos hechos, la primera cuestión a dilucidar es si hubo o no consentimiento por parte de la demandante respecto al acuerdo transaccional que se impugna en este proceso.



Para decidir sobre este extremo, es necesario, como premisa mayor de nuestro razonamiento, exponer la doctrina jurisprudencial en torno a la impugnación de los actos de disposición de bienes gananciales por uno solo de los esposos.

Pero, antes, ha de despejarse una cuestión inicial, a la que los recurrentes, de un modo u otro se refieren para sustentar su tesis impugnatoria. Nos referimos a la forma de atribución de carácter ganancial a las acciones cuestionadas, incidiendo los apelantes en la ausencia de contraprestación por parte de Don Enma, pese a lo que indique la escritura otorgada al efecto.

Pues bien, la cuestión tiene muy escasa, por no decir nula, trascendencia en este proceso. Aun cuando en hipótesis diéramos por sentado que esa atribución fue gratuita (lo que decimos sólo a los efectos de este proceso, y sin prejuzgar lo que en otros pudiera ser declarado), en nada variaría el enfoque jurídico de la acción de nulidad relativa que se ejercita.

Ésta viene definida por dos elementos muy concretos: el carácter ganancial del bien, y el acto dispositivo por un consorte sin consentimiento ni asentimiento del otro. La forma o razón por la que el bien dispuesto devino ganancial es indiferente.

En todo caso, y en esa misma tesis, si Don Sixto protagonizó una donación, ésta es acto suficiente para trasladar el dominio de la cosa, o para conferir una u otra cualidad al bien donado, y no se ha ejercitado ni en éste ni en ningún otro proceso acción de revocación, nulidad, o ineficacia de esa donación, por lo que, debiendo resolver el objeto del proceso conforme a la situación jurídica que se ofrece al tiempo de interponer la demanda, debemos partir, sin duda alguna, de la ganancialidad de las acciones.

SEXTO.- La jurisprudencia sobre la nulidad de actos dispositivo realizados por uno solo de los consortes, viene resumida en la Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2.012 y 29 de febrero de 2.008, que, a su vez, citan otros precedentes del mismo Tribunal.

En la primera de ellas se declara que "esta Sala, como la propia recurrente precisa, con cita de otras muchas, tiene declarado en la sentencia 5/2008, de 15 de enero, que "el acto de disposición de un bien ganancial realizado por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro se puede anular -anulabilidad, no nulidad- (...) a instancia de aquel cuyo consentimiento se hubiera omitido (...), según lo dispuesto en el artículo 1322 del Código Civil, que concreta la sanción legal prevista para el caso de no haberse dado cumplimiento a lo que dispone el 1377, conforme al cual, tratándose de la venta de un bien ganancial, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges", lo que ratifica la sentencia 558/2010, de 23 de septiembre".

Por su parte, la de 29 de febrero de 2.008, si bien dando por buena la exposición de la sentencia recurrida, profundiza más en la forma en que se puede entender emitido el consentimiento del cónyuge no disponente. Así, recuerda que "la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene manteniendo que el consentimiento de la mujer para el acto de disposición puede ser expreso o tácito anterior o posterior al negocio, y también inferido de las circunstancias concurrentes -- sentencias de 8 de noviembre y 5 de diciembre de 1983 --, valiendo incluso su pasividad conociendo el mismo, la ausencia de perjuicio o fraude -- sentencia de 6 de diciembre de 1983 -- e incluso el silencio puede ser revelador del consentimiento -- sentencia de 16 de abril de 1985 --, de modo que cabe afirmar que el necesario consentimiento de la esposa se deduce de su pasividad, de la no oposición a los actos dispositivo, de la ausencia de perjuicio o fraude en el actuar de su cónyuge y de la inexistencia de su actuación previa al proceso de indicio alguno que permita afirmar su disenso".

SÉPTIMO.- Pues bien, siendo evidente que no consta consentimiento expreso, ni coetáneo ni posterior al acto impugnado, por parte de la demandante, debemos constatar si se da algún otro de los supuestos de lo que se pueda inferir el mismo.

Debemos precisar, que, para abortar la acción de nulidad, bastaría con que se constatare el mero asentimiento del cónyuge no disponente.

En todo caso, no sólo no hay dato alguno del que se pueda inferir ni el consentimiento ni el asentimiento, sino que, por contra, consta la oposición expresa de la demandante.

En relación a su ex esposo, la litigiosidad entre ellos, y el número de comunicaciones referentes a las acciones, es prueba evidente y palmaria del traslado al mismo de esa oposición, y, por lo mismo, acredita que Don Sixto actuó en el acto dispositivo con plena consciencia de tal oposición.

En relación a URBAR, la conclusión es la misma. Desde agosto de 2.004 se suceden comunicaciones dirigidas a la Vicesecretaria del Consejo, Doña María Rosario, que no ofrecen dudas sobre la expresa voluntad de Doña Enma de ser tenida como cotitular de las acciones; con independencia de la incorrección técnica en que a veces, se incurre, al atribuirse la titularidad del 2.5%, en todas las comunicaciones reseñadas se pone de manifiesto aquella voluntad. Tan es así, que la propia sociedad le reconoce el carácter de cotitular, en la



contestación que le remitió a la demandante en fecha 20 de diciembre de 2.004 (documento 31 de la demanda), en unos términos tan rotundos (... "Doña Enma comunicó y acreditó documentalmente a esta sociedad ser cotitular"....), que no dejan lugar a dudas tanto de que la entidad demandada conocía la verdadera titularidad de las acciones (a lo que se refiere el término "acreditó documentalmente") como la ausencia de representación en los actos de administración y gestión que pudiera por sí solo emprender Don Sixto . Por eso, no son admisibles las alegaciones de esta recurrente cuando denuncia que se amplía el contenido de esa comunicación a caso distinto del que la motiva, pues la interpretación literal de la misma evidencia que la sociedad se dio por acreditada del carácter ganancial de las acciones.

Por tanto, si había oposición constatada de Doña Enma a esos actos de administración o ejercicio, como lo revela la petición constante de nombramiento de un representante, tanto más se había de considerar por la propia entidad demandada que había oposición para actos de mayor trascendencia como son los de disposición.

Por eso, la conclusión que se deriva no es otra que, a la hora de concluir el acuerdo transaccional, los dos demandados eran conscientes de la oposición de la demandante, y, pese a ello, lo realizaron, basándose únicamente en la titularidad formal de las acciones, que sabían no se correspondía a la realidad.

Ante ello, las razones que dan los apelantes para deducir bien un consentimiento tácito, bien una enervación de la acción por una posible actuación beneficiosa para la propia sociedad ganancial, no se sustentan.

INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 1.384 DEL C. CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN AL CASO ENJUICIADO.

OCTAVO.- En efecto, la principal argumentación de los dos recurrentes se asienta en la aplicación del artículo 1.384 del Código Civil , en cuanto establece que "serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren".

Los apelantes discrepan, sin embargo, en cuanto a la extensión del precepto, pues si del recurso de Don Sixto se infiere que estima que la validez del acto dispositivo de títulos valores titulados a su favor es absoluta, sin admitir excepción alguna, la otra demandada reconoce que esa protección no alcanza al caso en que el otro cónyuge se hubiera opuesto al acto, pero desplaza la solución del problema a la demostración del consilium fraudis entre disponente y tercero, para que, a tenor del artículo 1.391 del Código Civil , procediera la rescisión.

Pues bien, dos consideraciones se han de efectuar en torno a la aplicación del artículo 1.384:

1º La primera, es que tal precepto, que regula las relaciones externas de los titulares de la sociedad ganancial con los terceros adquirentes, se limita, en realidad, a aplicar, en los actos de disposición de dinero o de títulos valores, la ley de circulación de tan peculiares bienes.

Es, por tanto, la seguridad del tráfico jurídico la que prevalece en esta norma, y con ello la protección de los terceros que, de buena fe, confiados en la titularidad formal o en la posesión, adquieren de un cónyuge, a cuyos terceros se les dispensa de la carga de indagar la verdadera titularidad -ganancial o privativa- del bien adquirido. Por ello, cuando queda acreditado, más allá de toda duda, que el adquirente era consciente de la discrepancia o divergencia entre la titularidad formal del título valor y la titularidad real, no puede encontrar la protección reclamada, pues la protección que dispensa este precepto no es tan intensa que englobe también los actos dispositivos a favor de un adquirente de mala fe, entendiéndose por mala fe a estos efectos, el conocimiento de la real titularidad del bien.

Así pues, no existe la protección absoluta que reclama el apelante Don Sixto .

2ª La segunda, es que no existe necesariamente conexión entre el artículo 1.384 y el 1.391, ambos del Código Civil .

Cada uno tiene su ámbito propio, aunque, en algún extremo y en algún caso, pueda coincidir el supuesto fáctico de ambos, dando lugar, entonces, a un concurso de acciones y no a un concurso de normas.

En efecto, la acción de nulidad se da cuando se realiza un acto de disposición por uno solo de los cónyuges, siendo preciso el consentimiento de ambos, y esa nulidad se extenderá en sus efectos al tercer adquirente si es de mala fe, en el sentido antes expresado. No requiere la anulabilidad que se produzca un daño al cónyuge no disponente ni a la propia sociedad de gananciales, ni que el acto dispositivo esté guiado por la intención de dañar o perjudicar. La ratio legis de la anulabilidad es otra: la sanción a la preterición de la voluntad del cónyuge no disponente ni anuente, en contra del principio general de cogestión de los bienes comunes (artículo 1.377 del Código Civil).

Por contra, el artículo 1.391, que establece una auténtica acción rescisoria, aunque no pueda ser equiparada totalmente con la que regulan los artículos 1.290 y siguientes, presupone la emisión de los consentimientos



que se requieren, y, por tanto, un acto válido, pero ilícito en cuanto tiene su base en el fraude de los derechos del consorte, de modo que nada excluye que, en hipótesis, éste hubiera incluso consentido en ese acto, con desconocimiento del resultado fraudulento que se deriva del mismo.

Así pues, si se ha constatado, como se ha hecho, que el acto dispositivo impugnado se realizó sin consentimiento de la demandante, de lo que eran conscientes los dos demandados, la nulidad relativa es la sanción legal prevista, sin necesidad de ulteriores requisitos.

EXAMEN DEL ALEGADO DE CONSENTIMIENTO TÁCITO DE LA DEMANDANTE A LA TRANSACCION QUE IMPUGNA.

NOVENO.- Cuestión distinta es que se pueda detectar un consentimiento tácito en el acto de disposición, o una situación que, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, pueda estimarse equivalente.

Ahora bien, tal consentimiento en modo alguno pudo ser anterior o coetáneo a la conclusión de la transacción. Ni siquiera hay prueba alguna de que fuera informada Doña Enma del propósito de concluirla. Y no es prueba, pese a que así se mencione en los recursos, que el codemandado Don Sixto afirmara en su interrogatorio que él informó a aquélla de la situación litigiosa creada por su marcha de la empresa y de la necesidad de negociar con las acciones para solventarla. Se trata de afirmaciones de un demandado, en puntos o extremos que no le perjudican, sino que le benefician, sin existir dato alguno que corrobore tal afirmación. Por su parte, el representante de URBAR en su declaración admitió desconocer que se informara por parte de dicha entidad a Doña Enma .

La cuestión, por lo demás, es sumamente sencilla, y se desvanece al analizar su propio planteamiento: si, según los demandados, tan conforme estaba Doña Enma con la transacción, por los beneficios que pudiera reportar, no se comprendería porqué no participó en el propio contrato transaccional o por qué no se le solicitó la inmediata ratificación del mismo.

Tampoco hay prueba alguna de un consentimiento o, incluso, asentimiento posterior a la concertación de la transacción.

El principal empeño de los apelantes se centra en la consecución por Doña Enma de una copia del contrato transaccional, que ella misma aportó en el proceso entablado por la primera esposa de Don Sixto sobre la titularidad de las acciones.

Ciertamente, Doña Enma , o según ella admite, su Abogada, consiguió esa copia, y ciertamente se aportó a aquél proceso.

Pero de ahí no se infiere, vía presunción, que consintiera el acuerdo. Sólo se demuestra que lo conoció casi de inmediato a su conclusión, pero no realiza acto alguno que implique consentimiento, conformidad o asentimiento. Por lo pronto, en la aportación del mismo al referido proceso entablado por Doña Hortensia , expresamente se reservó las acciones que le correspondieran por haberse concluido el contrato sin su conocimiento ni consentimiento.

En segundo lugar, el simple conocimiento no deriva necesariamente en consentimiento, cuya emisión requiere de alguna forma de manifestación reconocible, que aquí no se ha podido constatar.

Y, en tercer lugar, ni siquiera se detecta una pasividad de tal naturaleza que pudiera estimarse equivalente al asentimiento, pues, por un lado, consta expresa y previamente su oposición, lo que ya corta de raíz la idea de pasividad y, por otro, ejercita la acción de impugnación en el plazo legal de cuatro años. Sobre esto se volverá al examinar la denuncia de retraso desleal en el ejercicio de la acción, pero ahora se deja consignada la falta de presupuesto alguno para considerar que ha habido consentimiento.

Y, desde luego, no se deriva consentimiento por las visitas de Doña Enma bien al Abogado de su ex marido, bien a Doña María Rosario . Ciertamente la demandante reconoce en su interrogatorio tales visitas, pero a fines muy distintos, pues bien eran para tratar que el mismo Abogado de su esposo llevara la separación de mutuo acuerdo, o bien para manifestar a la Vicesecretaria del Consejo de Administración de URBAR la titularidad ganancial de las acciones. Se trata de un supuesto de la denominada confesión cualificada, en la que el confesante admite un hecho pero añade otro que lo matiza, y que, por ello, no puede ser dividida en contra de su autor.

EXAMEN DEL ALEGADO BEENIFICIO DE LA TRANSACCION PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA IMPUGNACION

DECIMO.- Tampoco puede considerarse que la transacción era un evidente beneficio para la sociedad de gananciales, de modo que por ello, se debiera entender implícito el consentimiento de la demandante, o en otro caso, juzgar abusiva su impugnación.



Para que así fuera, y dada la trascendencia que tendría como equivalente a un consentimiento que no se ha prestado, se requería que ese beneficio fuera patente, clamoroso y de tal naturaleza que, a cualquier persona, se mostrase como altamente conveniente para la sociedad ganancial, o lo que es lo mismo, para los dos esposos.

En cualquier caso, la equiparación del beneficio objetivo al consentimiento debe decaer cuando hay oposición previa expresa, pues aquella tesis no es sino una presunción tomada del principio de normalidad, conforme al cual nadie impugnaría aquello que le beneficia, pero no purga el vicio en que incurre un acto de disposición contra la voluntad expresa de quien debe prestar el consentimiento, pues nadie puede expropiarle de derecho tan elemental a determinar su voluntad. Si así fuera, sencillamente el principio de cogestión quedaría pulverizado.

De todo modos, y advirtiendo que cuanto a continuación digamos sólo se hace a los prejudiciales efectos de este proceso, no se da la situación requerida para poder entender que el acuerdo era tan beneficioso que forzosamente se debe entender consentido.

Por la transacción se condonaba el préstamo, préstamo que había sido concertado con anterioridad al matrimonio de Doña Enma y Don Sixto , y que, además, excedía en el doble, al precio de adquisición de las acciones, que es el propósito confesado por Don Sixto para recibir tal empréstito. Por tanto, esa parte de la transacción no era sino la liberación de una obligación propia de Don Sixto .

En segundo término, se evitaban dos procesos pendientes: el laboral en el que Don Sixto reclamaba a URBAR y el de la responsabilidad que como administrador le exigía ésta a aquél. Para juzgar sobre la conveniencia del acuerdo respecto de la sociedad ganancial, hay ya un primer e importante escollo: no se ha concretado en este proceso el contenido de la reclamación laboral, de modo que no sabemos si era de importancia similar o no a la del objeto del proceso mercantil. Y, no cabe duda, que el crédito derivado de salarios, que es lo que se reclamaba por Don Sixto , según confesó, era ganancial y sobre él también se renunció.

En todo caso, aunque se obviara lo anterior y aunque, a efectos también prejudiciales, considerásemos que la responsabilidad en que hubiera podido incurrir Don Sixto como administrador comprometiera a la sociedad de gananciales, no por ello la transacción se convierte automáticamente en beneficiosa. Y ello, porque para determinar esa cualidad, no conocemos más que la demanda que interpuso URBAR contra Don Sixto , pero no la oposición del mismo ni las pruebas ni los documentos con que pudiera contar para demostrar los hechos alegados.

A cambio de eliminar esa incertidumbre, no sólo se renuncia a la reclamación laboral -aunque parece que a lo que se renunció fue sólo al recurso de suplicación-, sino que se desprendió de todas las acciones gananciales, que, al tiempo de la transacción tenían un valor de 299.822,70 euros.

Cuando menos, ha de considerarse que la transacción ofrecía un dudoso o discutible beneficio a la sociedad ganancial, de modo que no puede construirse sobre ese dato el consentimiento presunto, ni puede considerarse que Doña Enma al impugnarla realice un acto de emulación incurso en el abuso de derecho.

DECIMOPRIMERO.- En nada influye, a los efectos de la acción de anulabilidad ejercitada en este proceso, la demanda interpuesta por la primera esposa de Don Sixto , Doña Hortensia .

El requerimiento efectuado el 31 de agosto de 2009 por Doña Hortensia a URBAR (documento nº 2 de la contestación de dicha demandada) es de fecha muy posterior a la conclusión de la transacción, de modo que al gestar y concluir este contrato no había dato alguno que permitiera a la codemandada saber que la anterior esposa también reclamaba por la condición de las acciones.

En todo caso, de haberse conocido esa circunstancia no haría más que ahondar aún más en la litigiosidad sobre las acciones, y, por tanto, en el conocimiento por URBAR de una situación real muy distinta a la que formalmente aparecía y en la que la disposición en solitario por Don Sixto no era admisible.

DECIMOSEGUNDO.- Con especial énfasis los dos demandados insisten en la regularidad de la transacción, en cuanto que la Notaria que autorizó la escritura consideró que Don Sixto tenía capacidad suficiente para disponer por sí solo de las mismas.

El argumento es sumamente inconsistente, pues obviamente la Notaria dio fe de esa legitimación material para disponer con los datos que se le suministraron, de modo que el defecto en el juicio sobre capacidad dispositiva sería únicamente imputable a los otorgantes, en cuanto le manifestaron a la fedataria pública una situación que ellos conocían ser distinta a la real.

EXAMEN DE LOS ACTOS PROPIOS IMPUTADOS A LA DEMANDANTE.

DECIMOTERCERO.- Se aduce, también en los dos recursos, la doctrina de los actos propios, imputados a la demandante, que impedirían el ejercicio de la acción que ha sido estimada en la primera instancia.



Según el recurso de URBAR, tales actos serían los siguientes: a) el asesoramiento legal que desde el principio de su crisis matrimonial tuvo la demandante y, en particular, la información sobre el riesgo que representaba que las acciones figurasen sólo a nombre de su marido, tal y como resulta del documento nº 25 de la demanda, pese lo cual no solicitó de la entidad depositaria que las registrara también a su nombre, y b) el conocimiento inmediato posterior que tuvo de la transacción, pudiendo desde entonces impugnarla, pese a lo cual en la solicitud de inventario no instó la inclusión de las mismas sino la del derecho de crédito que la sociedad de gananciales tuviera contra Don Sixto .

Considera además que la demandante ha incurrido en retraso desleal, al ejercitar la acción al límite del plazo de cuatro años concedido al efecto; reitera la contradicción que supone, a su juicio, el ejercicio de la acción de nulidad con la pretensión de reconocimiento de un derecho de crédito frente a Don Sixto en la liquidación de gananciales, y concluye señalando que la demandante trata de trasladar URBAR su propia negligencia, en cuanto pudo haber evitado la situación litigiosa con sólo obtener que la depositaria de las acciones las registrara también a su nombre.

A esos mismos extremos se refiere el recurso de Don Sixto , añadiendo que tenía también la demandante a su alcance otras acciones, como la de solicitar al Juez de la separación que le atribuyera la administración de los bienes gananciales o que se exigiera autorización judicial a ambos cónyuges para efectuar actos de disposición, conforme a los artículos 1.388 y 1.389 del Código Civil .

DECIMOCUARTO.- Pues bien, para resolver estas alegaciones impugnatorias, es preciso perfilar la doctrina de los actos propios.

Muy sintéticamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2.010 , resume dicha doctrina, diciendo que "la doctrina que impide ir contra los propios actos, se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica. Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2002 , la regla *nemine licet adversus sua facta venire* (a nadie le es lícito ir contra sus propios actos) tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce; por tanto, tales actos ha de ser vinculantes, causantes de estado y definidores de una situación jurídica de su autor, encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad.

Mas esta doctrina, aun partiendo del genérico deber de buena fe, tiene un contenido técnico jurídico muy preciso, que el propio Tribunal Supremo se ha esforzado en aquilatar. Y, así, la Sentencia de 2 de mayo de 2.011 exige que para su aplicación concurren los siguientes requisitos:

"1) Existencia de una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias (en este sentido la sentencia 302/2004, de 21 abril , haciendo suya la 41/2000 de 28 enero y las en ella citadas, exige "un comportamiento con conciencia de crear, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, pero ha negado la aplicación de tal doctrina cuando tales actos están viciados por error").

2) Que tal conducta tenga una significación e inequívoca e incompatible con la posterior (así lo afirma la sentencia de 28 de abril de 1988 al entender definida inalterablemente la situación jurídica de su autor "por ser de carácter inequívoco e incompatible con la conducta posterior").

3) Que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables así lo indica la sentencia 523/2010, de 22 julio , al limitar la libertad de actuar a aquellos casos en los que "se han creado una expectativas razonables").

DECIMOQUINTO.- Analizando, en primer término, lo que los recurrentes califican como actos propios, y comenzando por la advertencia que se hizo a la demandante sobre el riesgo que suponía la titulación de las acciones a nombre exclusivo del marido, es preciso analizar el significado del documento anexo al nº 25 de la demanda (folio 130), en relación al que aparece como su precedente.

Tal documento es, sin duda, contestación a la comunicación dirigida por Doña Enma a la entonces depositaria de las acciones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, en fecha 30 de julio de 2.004 (documento nº 24). En efecto, el documento del folio 130 viene firmado por la Asesoría Jurídica de dicha entidad -según se desprende de la dirección de correo electrónico desde la que se remite- y está cursada en una fecha muy próxima -6 de agosto de 2.004.

En ella, la entidad depositaria elude la respuesta a lo requerido por Doña Enma , citando los artículos 1.384 y 1.383 del Código Civil , informándole de las acciones que, a juicio del asesor firmante, podía ejercitar la demandante ante los Tribunales.

De ello, no se deriva el acto propio que reclaman los recurrentes. Porque ciertamente la demandante, aunque no fuera muy clara al respecto (solicitaba que se impidieran actos de disposición separada por su marido) hacía lo que debía: comunicar a la depositaria que no existía titularidad privativa de las acciones, acto



absolutamente equivalente a la petición de que se tomara razón por la depositaria del carácter ganancial de las acciones depositadas. Las elusivas contestaciones de la depositaria no pueden, desde luego, ser referidas a la demandante, ni puede imponérsele a ésta el ejercicio de acciones preventivas, que no se vislumbraban en aquel momento como estrictamente necesarias.

La omisión en el ejercicio de esas acciones preventivas, que en último término sería el acto propio que designan los recurrentes, no constituye tal acto propio pues no causa estado tal omisión, en cuanto la no actuación de una acción de esa clase no impide el ejercicio de la acción de nulidad, una vez consumado el acto de disposición.

DECIMOSEXTO.- Tampoco puede considerarse contradictoria la solicitud de inclusión en el inventario del derecho de crédito por el beneficio obtenido por el marido en el acto dispositivo del bien ganancial, y el ejercicio de la acción de nulidad.

En ambos casos, se trata del ejercicio de determinadas pretensiones, y, por ello, fruto de la estrategia procesal que diseña el Letrado que asesora a la hoy demandante, optando por aquellas soluciones legales que considera más convenientes en un momento dado.

Por ello, hay que tomar con mucha cautela la aplicación de la doctrina de los actos propios en situaciones como la descrita, en la que el acto no lo protagoniza directamente a quien se han de referir sus consecuencias, sino otra persona, por mucho que actúe en su interés.

Mas, en todo caso, no existe la incompatibilidad radical que es la base de la doctrina de los actos propios, pues es claro que de triunfar definitivamente la nulidad, el inventario será rectificado sustituyendo la inclusión del mencionado derecho de crédito directamente por el bien, o su valor, en la liquidación ganancial.

Además, el acto propio que se señala sólo podría tener eficacia, en línea de principio, respecto de la otra parte procesal en aquel proceso liquidatorio, y no frente al tercero adquirente, que adquirió en las condiciones ya expuestas de conocimiento de la oposición de la ahora demandante, a la que había reconocido ya como cotitular de las acciones.

En suma, en aquel proceso de liquidación afloran únicamente las relaciones internas entre los titulares de la sociedad ganancial, y en la acción de nulidad ejercitada en este proceso, se ventilan las relaciones externas derivadas del acto dispositivo.

EXAMEN DEL ALEGADO RETRASO DESLEAL.

DECIMOSÉPTIMO.- Tampoco puede apreciarse el retraso desleal, que sumariamente, expone la apelante URBAR.

De tal doctrina nos ocupamos en nuestra Sentencia de 16 de octubre de 2.012 , en la que exponíamos lo siguiente:

"Con pretensión sistematizadora, la doctrina científica, ha señalado como requisitos o presupuestos de aplicación de la doctrina del retraso desleal los tres siguientes:

1º. Transcurso de un período de tiempo, cuya determinación habrá de hacer en función de las circunstancias del caso atendiendo a la clase de derecho y a la intensidad de la confianza suscitada.

2º. Omisión del ejercicio del derecho, es decir inactividad de su titular que ha de serle imputable por no existir obstáculos para el mismo.

3º. Confianza legítima de la otra parte en que el derecho no se ejercitará.

De esta sucinta exposición, se deducirían las siguientes consideraciones que ayudarían a perfilar el concepto jurídico del retraso desleal:

1ª Las consecuencias que cabe predicar de este concepto no se anudan al simple retraso o a la tardanza en la reclamación. Esta circunstancia, meramente pasiva o silente, se tiene en cuenta por la Ley para regular una concreta extinción de los derechos subjetivos, o al menos de la pretensión de su ejercicio, como es la prescripción. Y es claro que el retraso desleal es un concepto netamente distinto al de la prescripción extintiva.

2ª Tampoco cabe confundir el retraso desleal con la condonación tácita que regula el artículo 1.187 del Código Civil Para que ésta se produzca se requiere un acto concluyente, un hecho inequívoco o concluyente, que demuestre el ánimo de liberalidad ínsito en toda condonación o remisión de una deuda.

3º Así pues, la verdadera esencia del concepto, en su dimensión jurídica, está en el adjetivo del retraso. Es la deslealtad la que, definitivamente, desata las peculiares consecuencias.



Y esa deslealtad se funda, si se examina con detenimiento la jurisprudencia, en un "acto equívoco" del acreedor, o más generalmente del titular del derecho reclamado, que induce razonablemente al obligado (como lo haría en cualquier otro que en su situación se hallara) a creer que la deuda no va a ser reclamada, aunque todavía esté viva la acción judicial que le asiste".

Pues bien, de entrada es difícilmente conjugable la doctrina del retraso desleal cuando el ejercicio del derecho está sometido no a prescripción, sino a caducidad, como ocurre respecto de la acción de nulidad relativa. En este caso, es el propio legislador el que somete el ejercicio del derecho de impugnación a condiciones mucho más estrictas, tanto en tiempo como en sus consecuencias, de modo que, en principio, el ejercicio de la pretensión, dentro del breve plazo de caducidad aleja la idea de deslealtad.

En segundo lugar, el que podría denominarse acto equívoco (la inclusión en el inventario del derecho de crédito y no de las acciones en sí), no es tal: en el momento de solicitar el inventario no había otra cosa que incluir, pues no se había ejercitado al acción de nulidad, ni ésta se impone en la Ley con carácter ineludiblemente previo a la solicitud de inventario.

Y, en tercer lugar, no hay incompatibilidad alguna, según se ha razonado, entre el ejercicio de un derecho y otro, en las dos relaciones que afloran ante el acto dispositivo nulo, sino más bien, y como expresó la propia Doña Enma en el juicio, la idea de defensa de su derecho, a la espera que negociaran con ella. Desde luego, si por una u otra vía hubiera encontrado satisfacción práctica a ese derecho, sería entonces, y sólo entonces, cuando se le podría imputar el acto propio.

Por lo demás, y respecto de la apelante que invoca la doctrina del retraso, ningún acto protagonizó la demandante, y, por ello, tampoco puede ser calificada de desleal su conducta.

AUSENCIA DE NEGLIGENCIA EN LA CONDUCTA DE LA DEMANDANTE.

DECIMOCTAVO.- El resto de cuestiones que plantean los apelantes son igualmente desestimables.

No hay negligencia de la demandante por no ejercitar otras acciones que hubiera podido ejercitar. Lo único que cabe plantearse es si la ejercitada en este proceso es adecuada y fundada, y siendo así, como sin duda lo es, lo demás huelga.

CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD.

DECIMONOVENO.- Resta finalmente por examinar las consecuencias de la nulidad.

En este aspecto, y como ya expusimos, los dos recursos tienen un punto en común y otro divergente. Por eso, examinaremos los motivos deducidos por URBAR que por su más amplio contenido, engloban los alegados por Don Sixto .

En este sentido, lo que se ha de dilucidar es si la anulación de la transacción lleva consigo la devolución a URBAR de las prestaciones que hizo, lo que exige determinar cuáles fueron éstas, y, en segundo lugar, el importe o alcance del número y valor de las acciones a restituir, lo que supone determinar el momento a considerar para hacer esa valoración.

VIGÉSIMO.- La consecuencia de la nulidad es obvia: desaparece el acto o contrato a que afecta, y por ello se debe llegar a la misma situación que existía en el momento inmediato anterior a su conclusión.

Ese es el significado de la norma contenida en el artículo 1.303 del Código Civil , en cuanto ordena la restitución recíproca de "las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses".

Que dicho precepto está pensando en contratos en que media el intercambio de bienes por dinero o por una contraprestación evaluable económicamente, resulta de su propio tenor.

Por ello, cuando se ha de aplicar a contratos en que, aun siendo onerosos, no se da exactamente ese tipo de intercambio, es preciso aplicar la esencia y espíritu del mismo.

Así ocurre respecto de la transacción. Como este contrato está destinado a eliminar la incertidumbre derivada de una situación, actual o potencialmente, litigiosa, la nulidad del mismo es volver a la situación inicial, anterior a la conclusión de la transacción, de modo que queda expedita la vía para efectuar las reclamaciones que por ella o no iniciaron o pusieron término las partes.

Así lo expresa, muy sucintamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2.010 : "Si la transacción tiene para la partes efectos de cosa juzgada, según el artículo 1816 CC , vincula al órgano jurisdiccional en un proceso posterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos (SSTS de 30 de enero de 1999, RC nº 2281/1994). Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes (SSTS de 28 de septiembre



de 1984 , 10 de abril de 1985 y 14 de diciembre de 1988) y que la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior".

Lo que no cabe, cuando por la transacción no se han iniciado las correspondientes acciones judiciales, o se han apartado las partes antes de que exista sentencia definitiva, es obtener lo que se pretendía o se podía pretender mediante el ejercicio de esas acciones. Por eso, URBAR no tiene derecho, por consecuencia de la nulidad, a obtener, con carácter previo a restituir lo que por su parte está obligada, el importe del préstamo y la cantidad reclamada en el pleito de responsabilidad que dedujo frente a Don Sixto .

Lo que podrá, en cuanto ya no le afecta la transacción anulada, es ejercitar las acciones pertinentes, si a ello hay lugar.

Con esta vuelta a la situación anterior se satisface, en sus justos términos, el principio de reciprocidad que late en el artículo 1.303 del Código Civil .

Por eso, tampoco puede estimarse que exista ningún obstáculo (ex artículo 1.308 del Código Civil) al ejercicio de la acción porque la demandante no pueda restituir, pues, aparte que cuando la acción de nulidad se ejercita por quien no intervino en el contrato no le es exigible la obligación de restituir, en todo caso lo que ha de devolverse no es sino la materia objeto del mismo contrato, que en este caso es la acción (y no el pretendido resultado de la misma) para reclamar por aquellos conceptos a los que renunció (el préstamo) o desistió (el proceso de responsabilidad) la apelante.

EXAMEN DEL NÚMERO Y VALORACION DE LAS ACCIONES A RESTITUIR.

VIGESIMOPRIMERO.- En cuanto al número de acciones, en el hecho cuarto de la demanda (apartados 1 a 4) se relatan las vicisitudes ocurridas con las acciones, en base a las ampliaciones de capital que, de forma gratuita para los accionistas, acordó la sociedad demandada. Tal relato lo damos aquí por íntegramente reproducido, en cuanto está? sustentado en la correspondiente documentación, y en cuanto a su relato fáctico, no está contradicho por los demandados, llegando incluso la codemandada URBAR a señalar que en este caso, las acciones "son bienes extremadamente fungibles, de modo que si se declara la procedencia de la restitución, por vía de nulidad, anulabilidad o rescisión, no existiría dificultad para llevar a cabo la misma".

En efecto, si cotizan en Bolsa, nada le impide a los demandados adquirir el número suficientes de acciones para llevar a cabo la restitución.

En cuanto a la determinación del número de acciones, se ha de estar al que le pertenecería a la sociedad de gananciales formada por Doña Enma y Don Sixto al tiempo de la demanda, que es lo que ha hecho la Juez.

La acción de nulidad relativa es constitutiva, y produce sus efectos desde que se declara, declaración que, por efecto del principio de litispendencia (artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se ha de efectuar conforme a la situación fáctica y jurídica que había al tiempo de interponer la demanda, luego admitida.

Unido a lo anterior, la aplicación del artículo 1.303 del Código Civil lleva a considerar a aquel que tiene derecho a la restitución como si hubiera sido titular de la cosa o del valor durante todo el tiempo en que se desarrollaron los efectos del contrato anulado. Por eso, se ha de restituir la cosa con sus frutos, y el precio con sus intereses.

Esta consecuencia, en cuanto nace de la Ley, debe ser apreciada y establecida de oficio por el Juez, e incluye cuantos gastos se hayan ocasionado por el contrato anulado. El deber de restitución, por lo demás, no desaparece porque uno de los contratantes haya transmitido la cosa a un tercero, pues en ese caso, de no poder devolver otra idéntica, deberá devolver su valor.

Por todo ello, las ampliaciones de capital que, sin gasto para los accionistas, supusieron un incremento para ellos ligado directamente a la tenencia de sus acciones, se han de conceptuar como frutos, en el sentido de beneficios obtenidos directamente por la tenencia de la cosa que los produce o genera, frutos que se han devolver y, por ello la Juez de Primera Instancia acierta al establecer el número de acciones que debería haber disfrutado Don Sixto y Doña Enma , de no haber mediado el acto nulo, o lo que es lo mismo, como si durante todo este tiempo, hubieran estado en su poder.

VIGESIMOSEGUNDO.- En cuanto al valor que se ha de asignar a las acciones, el planteamiento de los recursos no cuestiona el índice multiplicador que aplica la Juez, que según se depende de la sentencia, en cuanto acoge la demanda es de 4.28 euros por acción.

De lo que discrepan no es de eso, sino de que no se tome en consideración el número y valor que tenían al tiempo de la transacción.



Por ello, no siendo acogible esta alternativa, por las razones ya expuestas, y no habiendo planteado ninguna otra opción que pudiera haberse debatido por las partes y decidido por este Tribunal, a la que sigue la Juez, este motivo de los recursos ha de ser desestimado.

COSTAS DE LOS RECURSOS

VIGESIMOTERCERO.- Las costas de esta segunda instancia son de preceptiva imposición a los apelantes (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

RECURSOS ADMISIBLES CONTRA ESTA SENTENCIA

VIGESIMOCUARTO.- En materia de recursos, conforme a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 37/2011, de 10 de octubre se informará que cabe el recurso de casación, siempre que aquél se apoye inexcusablemente en el motivo definido en el artículo 477.2.2 º. De igual modo podrá a su vez interponerse el de infracción procesal (Disposición Final 16ª).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la Autoridad que nos confiere la Constitución de la Nación Española,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D. Sixto y de la Mercantil URBAR INGENIEROS, S.A. contra la sentencia dictada el 14 de Octubre de 2011 por la Ilma. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 62 de Madrid en el Procedimiento Ordinario nº 1548/09, a que este rollo se contrae, resolución que **confirmamos** con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

Contra esta sentencia cabe interponer, en las condiciones expuestas en el último fundamento de derecho de la presente resolución, recurso de casación y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal .

Una vez firme la presente, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, acompañados de certificación de esta resolución para su cumplimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala y se notificará según lo previsto en el art. 208.4 L.E.C ., lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.