



Roj: **SAP TO 411/2018 - ECLI:ES:APTO:2018:411**

Id Cendoj: **45168370012018100206**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2018**

Nº de Recurso: **171/2017**

Nº de Resolución: **93/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 TOLEDO 00093/2018**

**Rollo Núm. ....171/2017.-**

**Juzg. Mercantil. Núm..1 de Toledo.-**

**J. Ordinario Núm.....350/2013.-**

**SENTENCIA NÚM. 93**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO**

**SECCION PRIMERA**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. EMILIO BUCETA MILLER**

**D. URBANO SUAREZ SANCHEZ**

**Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE**

En la Ciudad de Toledo, a veinticuatro de abril de dos mil dieciocho.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en **NO MBRE DEL REY**, la siguiente,

**SENTENCIA**

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 171 de 2017, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, en el Juicio Ordinario Núm. 350/2013, en el que han actuado, como apelante Carlos Antonio , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Rojas Cuartero y defendido por el Letrado Sr. Bautista Moreno; y como apelados, Ángel Jesús y FRINCO ILUMINACIÓN S.L., representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martínez Barambio; Benito y Dimas representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Díaz del Cerro y defendidos por la Letrado Sra. Margarita López.

Es Ponente de la causa la Ilma. Sra. Magistrada Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE, que expresa el parecer de la Sección, y son,

**ANTECEDENTES:**

**PRIMERO:** Por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 19 de mayo de 2016, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "Desestimo totalmente la demanda interpuesta



por la representación procesal de Carlos Antonio contra Ángel Jesús , Benito , Dimas , FRINCO ILUMINACIÓN S.L., con expresa condena en costas de la parte actora.

Desestimo la demanda interpuesta por la representación procesal de Benito y Dimas contra Carlos Antonio y Ángel Jesús , con expresa condena en costas de la parte actora". -

**SEGUNDO:** Contra la anterior resolución y por Carlos Antonio , dentro del término establecido, se formuló recurso de apelación, que fue contestado de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución. -

**SE CONFIRMAN Y RATIFICAN** los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO:** Se alza el apelante contra la sentencia que desestimo íntegramente la demanda por el formulada, así como también desestimo la demanda interpuesta de contrario, habiéndose acumulado ambas en el procedimiento

Básicamente el recurso se dirige a sostener frente a la sentencia apelada la validez de la compraventa por su parte de participaciones sociales de la sociedad Frinco Iluminacion S.L. por escritura publica de 28.4.11 con las consecuencias inherentes de tener al demandante como socio de pleno derecho de dicha sociedad y la nulidad de los acuerdos de las Juntas de 14.7.12 y 1.8.12, y asimismo mantiene el recurso que subsidiariamente existiría una **sociedad irregular** formada entre el demandante (con un 55% de participación) y la sociedad Frinco Iluminacion S.L.

**SEGUNDO:** En cuanto a la primera de estas cuestiones la sentencia apelada entiende probado que la venta de las participaciones se realizo sin comunicarse previamente a la sociedad tal decisión por el socio vendedor, y sin contar así con la autorización por la junta general, y así cuando en la Junta de 14.7.12 (siendo la venta de un año y tres meses antes 28.4.11) el administrador único de la sociedad y vendedor comunico que había vendido las mismas, la autorización para ello le fue denegada por los restantes socios. El recurso se centra en que no puede considerarse válidamente denegada dicha autorización porque no se reunió en la misma el mínimo de capital social que constituye quorum suficiente para adoptar este acuerdo por mayoría, ex art 198 de la LSC (un tercio del capital social), pues los socios que la denegaron reunían en conjunto solo un 8% del capital social, y además alega que la sociedad no podía denegar la autorización sin identificar algún socio que quisiera adquirir las participaciones (art 107, 2 d) de la LSC) y sin poner a disposición del apelante o el transmitente aquellos dos socios que comunicaron su deseo de adquirirlas el importe de la venta, por lo que solo se trato de un intento simulado de venta para impedir la adquisición por la apelante

Todo ello ya supone que el recurso no discute que la compraventa de las participaciones se realizo sin comunicar previamente a la sociedad dicha transmisión, y sin interesarse la previa autorización de la sociedad con anterioridad a aquella, sino que todo ello se efectuo a posteriori, momento que en que fue denegada

Por el art 107 de la LSC "salvo disposición contraria en los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos, así como la realizada en favor del conyuge, ascendientes o descendientes del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente"

No es este el presente caso, por lo que la transmisión al apelante se rige por lo que establezcan los estatutos (que en este caso se remitían a la Ley) y en su defecto por la LSC que, según el mismo art 107 en su párrafo segundo, establece como primer requisito que "el socio que se proponga transmitir su participación o participaciones deberá comunicarlo por escrito a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión". La cronología del trámite de la venta es clara en este precepto de forma que tras la comunicación escrita, la transmisión queda pendiente del consentimiento de la sociedad, por acuerdo de la junta general adoptado por mayoría ordinaria, el cual se puede denegar en determinadas condiciones.

Así pues, el primer requisito citado no se ha cumplido, ni tampoco el segundo pues se realizo la transmisión con consentimiento de la sociedad. Esto se ha intentado salvar a posteriori, dando lugar a estos trámites un año y tres meses después de la transmisión, pero ello no es valido porque el art 112 de la LSC establece que las transmisiones de las participaciones sociales que no se ajusten a lo previsto en la Ley o en su caso a lo establecido en los estatutos no producirán efecto alguno frente a la sociedad.

Por tanto, la venta es ineficaz ante la sociedad si no existe una comunicación previa y ello en las condiciones que exige la Ley que no se puede integrar por una a posteriori, para cubrir la inexistencia previa de



la misma, ni se prevé como abstracta, incompleta o deficiente, sino concreta y sobre unas operaciones efectivamente proyectadas en todas sus condiciones y siendo que la previsión de esta comunicación se hace imperativamente "debera comunicarse" y sin excepción alguna. Ello es así porque esta comunicación previa es la piedra angular del régimen de transmisión porque solo siendo previa y en tales condiciones pueden saber los socios de las características de la misma, y pueden en tal caso para ejercer su derecho de adquisición preferente con pleno conocimiento de causa y con posibilidad de discernir sobre la cuestión para dar lugar al rechazo o autorización de la transmisión. Desde luego este requisito no se cumple en el caso dado en que se compran las participaciones casi un año y tres meses antes y luego se celebra una junta en el curso de la cual se comunica la transmisión y ya en el seno de ella habían de decidir los socios si las adquirían ellos o no a fin de autorizarla o denegarla.

**TERCERO:** Ello se trata de salvar en el recurso señalando que existía un conocimiento previo de la transmisión imputando a la sentencia apelada error en la valoración de la prueba practicada

Ha de partirse de que la revocación de la apreciación de la prueba que razona el Juez de Instancia no puede prosperar si simplemente las conclusiones fácticas a que llega el Juez a quo, a través de la valoración del conjunto de prueba, se pretenden desarticular en vía de recurso apoyándose en documentos y pruebas ya examinados y tenidos en cuenta en la Sentencia, para interpretarlos a fin de obtener conclusiones más favorables a los intereses de parte, siendo que solamente cabe dicha revisión de la valoración probatoria de la sentencia si queda patente un error en la misma, o bien por la omisión de la consideración de alguna prueba esencial que arroje un resultado incontrovertible, o bien porque se haya apreciado la prueba de forma ilógica, arbitraria o contradictoria, por lo que no puede producirse tal revisión si se funda en la mera discrepancia personal con la valoración que de la prueba ha dado el órgano judicial, intentando sustituir el criterio objetivo del Juez por las interpretaciones subjetivas e interesadas de la parte.

En este caso, el recurso se funda en genéricas remisiones a la documental aportada por su parte y por oficios a entidades bancarias, sin determinación de en qué concreto documento se aprecia el resultado contrario a lo acogido en la sentencia, demostrándose así el error que imputa a la misma con la precisión que legalmente es exigible. De principio, alega que previamente existía ya conocimiento de los socios de la transmisión, aunque no se diera la comunicación escrita. Para resolver positivamente su acreditación aduce que dadas las contradicciones entre los socios no intervinientes en el pacto de compraventa no puede tener por cierta su declaración en contra, lo cual es irrelevante porque no era la demandada quien tenía que probar que no hubo este conocimiento, sino la demandante, y por el art 217 LEC, la que tenía la carga de probar que tal conocimiento existía y además que existía en concreto de toda la operación proyectada, con igual información de sus condiciones que se le exige como contenido a la comunicación escrita previa, y ello para que tal conocimiento, aun sin la comunicación, pudiera reunir la misma eficacia por demostrar, dado el tiempo transcurrido, que realmente los demás socios ya de antes conocedores no tenían interés real en ejercer su derecho de adquisición preferente. Es decir, para poder entrar a analizar la eficacia que le pretende a este conocimiento el recurso era necesaria la prueba de un conocimiento concreto, más allá de la posibilidad de existencia de un pacto de transmisión, en general, que es lo que en realidad se alega, y más allá de la alegada declaración del transmitente en la escritura pública de venta de que ya había informado a la sociedad, lo que no solo no se ha demostrado como ajustado a la realidad, sino que es Jurisprudencia reiterada la que determina que el notario autorizante de una escritura pública da fe de su fecha y lugar y de que ante el se han emitido las declaraciones que constan en la misma, nunca de la certeza de tales declaraciones.

También se pretende demostrar tal conocimiento previo de los socios alegando que el demandante y apelante actuaba como socio desde el momento de la escritura, ello a la vista y conocimiento de todos, pero la prueba de esto no cabe deducirla de que aportase bienes o dinero a la sociedad, que podían entregarse a otro título jurídico, y más allá de ello no se determina en el recurso de que prueba aportada en la causa y erróneamente valorada resulta que actuara con facultades de tal socio el apelante y más aun, según se alega, que actuara como administrador societario y como tal fuera tenido por terceros. Lo cierto es que, pese a la cantidad de bienes y dinero que alega que ha aportado a la sociedad, ningún acto por su parte, el lógico de cualquier socio en tales aportaciones, demuestra que interesara que se tuviese aquello como aportación al capital social, ni consta acreditado elemento tan relevante a efectos probatorios de que asistiese a las Juntas o que ejerciese otro derecho propio del socio o llevase a cabo cualquiera de los actos exigibles a un administrador dentro de la sociedad y así los actos que según su demanda probaban la integración del mismo en la sociedad de forma palpable (petición por terceros de catálogos, o de instrucciones sobre productos, o viajes por cuenta de la sociedad a los fines de la sociedad, pedidos comerciales, diseño de estrategias comerciales, disfrutar de tarjeta de crédito a cargo de la empresa...) no pasan de ser los propios de cualquier gerente o gestor comercial de una empresa, lo que no tiene por que conllevar además su condición de administrador de la sociedad o de socio, que es lo que aquí se interesa. Este particular del recurso ahora examinado no puede acogerse



**CUARTO:** En cualquier caso y aunque no se tuviera en cuenta la falta de previa comunicación, la venta fue denegada por la junta general. El propio recurso admite que junto a la denegación la sociedad puso en conocimiento del apelante por conducto notarial, como exige el art 107 citado, que los otros socios querían comprar sus participaciones y que ponían a su disposición su importe, si bien alega que no pusieron a disposición del apelante dicho precio (ni del vendedor) señalando que de ello se deduce que nunca existió tal transmisión a estos socios, sino una simulación

Ha de indicarse desde el principio que el apelante no era el transmitente de las participaciones, sino el adquirente como parece olvidar, y que el requisito de la comunicación de la identidad de los socios que quieren adquirir con preferencia las participaciones y que justifica la posibilidad de denegación por la Junta del consentimiento a la venta a tercero de las mismas ha de ser dirigida al socio transmitente, y a este lógicamente es al que ha de ponérsele a su disposición el precio, no al tercero que pretendía inicialmente adquirirlas. La pretensión del apelante de que es a el a quien debían identificarle a los socios adquirentes y ponerle a disposición el precio deviene de la falta de cumplimiento del requisito esencial de la comunicación de la transmisión previa a la perfección de la misma y de la falta de la obtención del consentimiento de la Junta con anterioridad, y ello demuestra la total deficiencia de las debidas exigencias legales de la transmisión que la parte apelante quiere que se tenga por válida

Por lo demás y en cuanto a la simulación de la adquisición por los otros socios, es de señalar que quien alega tal circunstancia, por el art 217 de la LEC, ha de acreditarla y desde luego la parte apelante no ha traído prueba directa en la causa sobre tal particular, ni ha instado su aportación no pudiendo tenerse por prueba indirecta bastante (la única alegada en el recurso), el valor en que se aceptó que se produciría la transmisión a los socios, un euro por participación, (1760 euros) al indicar el apelante que el valor real era muy superior, lo que no puede ser acogido pues en tal caso también se hubiera de tener por simulada la compra que el apelante pide que se declare válida que consta en la tan citada escritura pública de 28.4.11 que lo fue por este mismo precio de 1760 euros, de hecho precisamente por ser este el precio pactado en aquella venta conforme al art 107 LCS, 2º c) y d) era el precio en que podían transmitirse a los socios.

Además el apelante en su demanda nunca intereso que se declarase la simulación o inexistencia de la adquisición de las participaciones por los socios, en tal caso la demandada podría haberse defendido de tal alegación y traer a la causa toda la prueba que sobre ella tuviera. La Sala ha leído con detenimiento al demanda del apelante y en ella en ningún momento se alega una concreta simulación en cuanto a este particular concreto de la venta a los socios que ejercieron su derecho, se refiere incluso a un enriquecimiento injusto por los mismos (lo que presupone que se realizó tal transmisión), pero no la inexistencia o simulación de la venta sin mediar precio, en cuanto a lo cual lo único que se alego es que al apelante no se le había pagado, pero como se ha expuesto el no era el destinatario de este precio sino el transmitente, sin perjuicio de los derechos de crédito que el apelante ostente frente a este. La demanda en su día formulada por esta apelante son las alegaciones de parte que centran su posición en el proceso y los términos de su pretensión y ello es algo que la parte no puede alterar sustancialmente después, ni en la primera instancia ni aun menos en esta alzada. Si se alegan hechos nuevos o se plantean cuestiones jurídicas "ex novo" por la apelante han de considerarse inadmisibles conforme a la Jurisprudencia ( STS 4.6.94 y 27.7.94 entre otras) dado que su examen causaría indefensión a la contraparte, privándole de la posibilidad de contradicción y prueba, al verse sorprendida con alegaciones que no fueron objeto de la demanda, siendo precisamente los escritos rectores del proceso los que determinan el objeto litigioso que ya no puede mutarse por ninguna de las partes y, aun menos, en la apelación que en modo alguno constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver problemas distintos de los planteados en primera instancia, bajo el principio general de derecho de "pendente appellatione, nihil innovatur"

Sin perjuicio de las acciones que puede ejercitar el apelante respecto de su transmitente por esta venta no cabe acoger lo alegado en cuanto a estos extremos en el recurso

**QUINTO:** No debe dejar la Sala de señalar además que el acuerdo denegatorio de la autorización por la Junta no puede considerarse inválido por las razones que se alegan. Efectivamente el art 190 de la LSC establece que el socio no podrá ejercitar el derecho al voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de un acuerdo que tenga por objeto autorizarle a transmitir participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria, y añade en su párrafo segundo que las acciones o participaciones del socio que se encuentren en alguna de las situaciones de conflicto de intereses contempladas en el apartado anterior se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria. El art 198 de la LSC dispone que en estas sociedades de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se alcanzan por mayoría de los votos emitidos si representan al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital. Así, como las participaciones del socio transmitente se habían de deducir del capital social para el cómputo de aquella mayoría de los votos de un tercio de los que corresponden a tal capital social, los



votos de los otros socios que tenían el 8% del capital en realidad suponen el 100% de los que corresponden a las participaciones del capital social a tener en cuenta o computable a tal fin.

**SEXTO:** Subsidiariamente se solicita que se declare la existencia de una sociedad mercantil irregular formada por el apelante y la sociedad Frinco Iluminacion S.L. y ello sobre la base de que por su parte se han aportado bienes, dinero, trabajo e instalaciones a la sociedad Frinco que no dio gratuitamente sino con el fin de puesta en común al negocio y asumiendo la actividad conjunta con la sociedad limitada

La doctrina y la Jurisprudencia han venido denominando sociedades mercantiles irregulares a aquellas en que además de la puesta en común de un patrimonio, este se halla preordenado al tráfico mercantil orientándose la voluntad de puesta en común a este fin principal y directo para obtener ganancias comunes, si bien no constituyéndose en escritura pública y sin tener acceso al Registro Mercantil

Ha de señalarse que estas sociedades se articulan por la perfección de un contrato en el que no solo debe existir el consentimiento de uno de los socios sino el de los demás, es decir, en este caso también Frinco Iluminacion S.L. y no solo el apelante debía haberse obligado con este a la puesta en común del patrimonio social para dicha finalidad, sino también Frinco, no bastando la sola intención en tal sentido del apelante sino que la otra socia de la supuesta **sociedad irregular** -Frinco Iluminacion S.L.- había de tener por aportado este patrimonio del apelante en tal sentido y no como entrega propia de cualquier otro título jurídico y poner el suyo en común con el del apelante a tal mismo fin. La existencia de este concierto societario es prueba de cargo de la parte que alega que existe el mismo como hecho en que funda su pretensión ( art 217 de la LEC ) bien por prueba directa o bien por la indiciaria con base en actos inequívocos expresivos de tal voluntad conjunta de las partes

Considera la Sala que la aportación que ha sido declarada probada en la sentencia, tanto de bienes como de dinero, así como trabajo y gestión, no es suficiente porque lo es sin más en el seno de la otra sociedad y que los poderes que como gerente pudiera ostentar, lo serían a nombre de la sociedad Frinco no de una sociedad distinta, la irregular, que actuase por sí de forma independiente a la sociedad limitada regular como sociedad por la que se realizasen los actos con terceros que sin embargo solo aparece que tenían por hechos los mismos por la sociedad limitada, en fin, la **sociedad irregular** que se pretende no consta que existiera en el tráfico. No existen otros actos de la sociedad limitada que revelen que admitía formar parte de una sociedad con el apelante para participar en las ganancias que esta generara o en las pérdidas que se sufriese. Si a ello se añade que la entrega realizada puede integrarse en otros conceptos jurídicos tanto su trabajo como de bienes o dinero, no puede acogerse lo pedido y en ello no es que en la sentencia se señale, como dice el recurso, que no existiera nada, existe una entrega o prestación, incluso a título oneroso presumiblemente, de unos trabajos, bienes o dinero a la sociedad de la que nacera un derecho de crédito a reclamar por el demandante/apelante, pero la actividad negocial que con ellos se realiza lo es solo de la sociedad limitada, no de una sociedad que formase esta con el apelante. El recurso alega que si estuviésemos ante un préstamo en vez de escritura de compraventa de participaciones se hubiera formalizado una de préstamo, lo que no es relevante porque por la misma razón si se hubiera querido constituir una sociedad mercantil en la que fueran los socios de un lado en apelante y del otro la persona jurídica Frinco Iluminacion S.L., lo que se habría otorgado sería una escritura pública de constitución de tal nueva sociedad, en fin, la inexistencia de pacto plasmado en documento público no obsta al préstamo como tampoco lo hacía a la **sociedad irregular**, y su falta es irrelevante para decidir entre una y otra figura jurídica.

El recurso no puede prosperar

**SEPTIMO:** Las costas procesales se impondrán al recurrente, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil.-

## FALLO:

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de Carlos Antonio , debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 19 de mayo de 2016 , en el Juicio Ordinario Núm. 350/2013, de que dimana este rollo, imponiendo las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D<sup>a</sup> GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE, en audiencia pública. Doy fe.-