



Roj: **SAP IB 1049/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:1049**

Id Cendoj: **07040370032018100227**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **24/05/2018**

Nº de Recurso: **219/2018**

Nº de Resolución: **235/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ENCARNACION GONZALEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00235/2018

Modelo: N1025 0

PLAÇA DES MERCAT Nº 12

Tfno.: 971-7 1-20-94 Fax: 971-2 2.72.20

Equipo/usuario: MGL

N.I.G. 07040 42 1 2016 0025741

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000219 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 18 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000806 /2016

Recurrente: Consuelo

Procurador: MONTS ERRAT ALVARIÑO VEIGA

Abogado: FRANC ISCO VILLALONGA CERDÀ

Recurrido: Emiliano

Procurador: FRANC ISCO ARBONA CASASNOVAS

Abogado: MIGUE L IGNACIO FORTEZA-REY COLOM

SENTENCIA.- 235

ILMOS. SRS.

PRESIDENTE

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS

Don Gabriel Oliver Koppen

Dña. María Encarnación González López.

En Palma de Mallorca, a veinticuatro de mayo del año dos mil dieciocho.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº18 de Palma, bajo el número 806/2016, Rollo de Sala número 219/2018, entre partes, de una como actora y apelante D. Emiliano , representado por



el Procurador de los Tribunales D. Francisco Arbona Casanovas y asistido del Letrado D. Miguel Forteza-Rey Colom, de otra, como demandada y también apelante, Dña. Consuelo , representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Monserrat Alvariño Veiga y asistida del Letrado D. Francisco Villalonga Cerdá.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Dña. María Encarnación González López.

ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO .- Por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº18 de Palma se dictó Sentencia en fecha de 29 de diciembre de 2017 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimo parcialmente la demanda planteada por la representación procesal de don Emiliano contra dona Consuelo y, por tanto, debo declarar y DECLARO la nulidad del contrato suscrito entre las partes litigantes, en fecha 5 de abril del año 2016, con las consecuencias inherentes a dicha declaración, tal como se ha recogido en el cuerpo de la presente sentencia. Todo ello sin expresa imposición a ninguna de las partes litigantes en las costas procesales (apartado 2 del artículo 394 LEC)".

SEGUNDO .- Contra la expresa sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, siendo también apelada la resolución por la parte actora y, seguido el recurso por sus trámites, se señaló para votación y fallo el día 21 de mayo de 2018.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

No se aceptan los de la resolución dictada en el anterior grado jurisdiccional.

PRIMERO.- En la demanda origen de las actuaciones se solicita un pronunciamiento por el que se condene a la demandada al abono de 9.038,24 euros; subsidiariamente, de no disponer de aquella cantidad, a que realice los oportunos trámites para el traspaso del negocio, así como a liquidar el 50% de los beneficios obtenidos en la explotación del negocio hasta su compra por la demandada o venta a tercero.

La parte demanda se opuso a la pretensión alegando la falta de capacidad del actor para interponer la demanda al haber sido declarado incapaz, celebrando el contrato de autos sin hacer referencia a tal situación. Se afirma, además, haber efectuado los oportunos trámites para el traspaso del negocio.

La resolución de instancia, apreciando la falta de capacidad del actor al tiempo de la firma del contrato, declara su nulidad, con obligación de la demandada de restituir el importe dinerario y demás bienes aportados por el actor.

La resolución es impugnada por ambas partes, instando la parte actora la estimación íntegra de sus pretensiones y la demandada la desestimación de la demanda.

SEGUNDO .- Razones de sistemática aconsejan examinar en primer término el recurso de apelación de la parte demandada

En el escrito de recurso se impugnan los antecedentes de hecho primero y segundo de la resolución de instancia por no recoger la pretensión de la parte actora ni los argumentos de la contestación a la demanda. El motivo de recurso no puede prosperar. Los antecedentes de hecho de la resolución cumplen las previsiones del artículo 209.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no pudiendo ser objeto de impugnación a través del recurso de apelación en tanto que no contienen pronunciamiento alguno (artículos 456 y 458 de la Ley procesal), sino relación de los actos procesales.

De la misma forma, debe desestimarse el recurso en lo que se refiere a la nulidad del procedimiento por la alegada incorporación de prueba documental por la parte contraria. El visionado del acto de audiencia previa pone de manifiesto que la parte actora propuso como prueba la incorporación de documentos relacionados con el proceso de incapacidad del actor, precisamente a la vista de las alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda. La prueba se declaró pertinente por la Magistrado de instancia a efectos de resolver sobre la falta de capacidad, sin que la parte ahora apelante formulara recurso alguno frente a esa resolución que de esa forma devino firme.

TERCERO.- Ambas partes impugnan el pronunciamiento de la resolución de instancia por el que se declara la nulidad del contrato que firmaron, sosteniendo el actor su validez al haber sido confirmado por la curadora, mientras que la demandada alega que ninguna de las partes solicitó ese pronunciamiento.



Como resulta de las actuaciones, en fecha de 8 de julio del año 2004 por el Juzgado de Primera Instancia nº3 de esta ciudad se dictó Sentencia por la que se declaraba al actor incapaz para administrar sus bienes designándose como curador a su madre. En fecha de 5 de abril del año 2016 actor y demandada firmaron contrato con el objeto de explotar negocio de bar-cafetería (documento nº4 de la demanda) sin que a su firma concurriera quien debía asistir al actor conforme a la Sentencia de incapacitación. Por ese motivo la resolución de instancia declara la nulidad del contrato con las consecuencias que de ello se derivan.

Ambas partes cuestionan ese pronunciamiento. La parte demandada alega que ninguna de ellas lo solicitó. Sin embargo, si se acude al escrito de contestación a la demanda se observa que se hace referencia de forma reiterada a la situación personal del actor, citando entre los fundamentos de derecho los artículos 1300 y 1306 del Código Civil relativos a la nulidad de los contratos.

El artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a la Sentencia a pronunciarse sobre la validez del negocio en aquellos casos en que la parte demandada alegue en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión de la actora. El precepto no resulta de aplicación al supuesto de autos. En primer término, la parte demandada no puede hacer valer la incapacidad de aquel con quien contrató por vedarlo el artículo 1302 del Código Civil. En segundo término, el precepto se circunscribe a los supuestos determinantes de la nulidad absoluta del negocio jurídico, dispensando del ejercicio de acción a través de demanda reconventional, lo que sí es exigible en los casos de nulidad relativa o anulabilidad como es el de autos.

Por ello, no habiéndose solicitado oportunamente la declaración de nulidad, la resolución no debía efectuar ese pronunciamiento, lo que hace innecesario entrar a resolver sobre si el negocio fue o no confirmado por la curadora como sostiene la parte actora.

CUARTO .- Partiendo de la validez del negocio celebrado, el mismo debe calificarse de contrato de sociedad conforme se define en el artículo 1665 del Código Civil, presentando naturaleza mercantil al tener por objeto la explotación de un negocio conforme al artículo 116 del Código de Comercio. Como señalamos en Sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 2017:

"Es jurisprudencia reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1983, 1 de octubre de 1986, 20 de febrero de 1988, 6 de noviembre de 1991, 8 de julio de 1993, 14 de abril de 1998, 4 de noviembre de 2004 y 20 de noviembre de 2006, entre otras muchas) la que viene declarando que desde el momento en que dos o más personas se obligan a poner en común determinados bienes, con " animus societatis " existe una sociedad, así como que la naturaleza civil o mercantil de una sociedad viene dada por la naturaleza de las operaciones o actividades que desarrollan: si la intención es obtener lucro de esa explotación, repartiéndose las ganancias, la sociedad es mercantil, aplicando así el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de una sociedad (artículos 116 del Código de Comercio y 1665 y 1670 del Código Civil), todo ello más allá de la denominación empleada en el título constitutivo" añadiendo que "estamos ante una sociedad mercantil que es válida entre quienes celebraron el contrato cualquiera que sea su forma (artículo 117 del Código de Comercio) pero que al faltarle los requisitos de escritura pública fundacional e inscripción en el Registro Mercantil es una **sociedad irregular** (artículos 116, 117 y 119 del Código de Comercio) a la que le son aplicables las normas de la sociedad colectiva".

Constituye doctrina reiterada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo la que proclama que dichas sociedades, por tener una notoria actividad mercantil, han de regirse por las normas de la sociedad colectiva respecto de terceros, y, por sus pactos entre los socios o, en su defecto, por las normas de la copropiedad (SSTS, Sala 1ª, 20 febrero 1988 y 16 marzo 1989).

QUINTO .- Siendo aplicable a la relación entre las partes el contenido del contrato, y no siendo controvertido la existencia de discrepancias entre ellas, el pacto quinto prevé para tal supuesto la obligación de la demandada de quedarse con el negocio abonando al actor las cantidades que hubiere aportado y el valor del mobiliario que se relaciona en el contrato, sumando ambas partidas la cantidad de 9.038,24 euros. No se aprecia que la aplicación del pacto falte a la equidad como señala la resolución de instancia, motivo que por lo demás no ha sido invocada por la parte demandada. La adquisición del negocio por ésta debe conllevar asumir la aportación del actor que deja de participar en su explotación.

Conforme a lo pactado en el contrato, si en el plazo de un mes la parte demandada no ha procedido a la entrega de la expresada cantidad por la compra del negocio, deberá efectuar los oportunos trámites para su traspaso en los términos previstos en el contrato.

Finalmente, en aplicación de lo convenido, la parte demandada debe abonar al actor el 50% de los beneficios derivados de la explotación del negocio, una vez deducidos los gastos que incluyen la cuota de autónomo de la demandada, hasta que ésta adquiera el negocio o se traspase a tercero.



SEXTO. - En materia de costas procesales, conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la estimación parcial del recurso interpuesto por la parte actora impide un pronunciamiento expreso, imponiendo a la parte demandada el pago de las costas derivadas del recurso por ella interpuesto.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS.-

1.-Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Alvariño Veiga, en nombre y representación de Dña. Consuelo, contra la Sentencia dictada en fecha de 29 de diciembre de 2017 por la Ilma. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº18 de Palma en los autos de Juicio Ordinario del que el presente rollo dimana.

2.-Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Arbona Casasnovas, en nombre y representación de D. Emiliano, contra la expresada resolución y, en consecuencia:

Se estima la demanda interpuesta por el expresado Sr. Procurador de la parte actora contra Dña. Consuelo, condenando a ésta a abonar a la parte actora la cantidad de 9.038,24 euros; para el caso de no efectuar el pago en el plazo de un mes, se la condena a realizar los trámites necesarios para el traspaso del negocio a un tercero en los términos previstos en el contrato de fecha 5 de abril de 2016. Así mismo, se condena a la parte demandada a liquidar al actor el 50% de los beneficios obtenidos por la explotación del negocio una vez deducidos los gastos -incluida la cuota de autónomo de la demandada- hasta que ésta adquiera el negocio o se traspase a tercero; imponiendo a la parte demandada el pago de las costas procesales causadas en la instancia.

3.-Se impone a Dña. Consuelo las costas derivadas del recurso de apelación con pérdida del depósito constituido.

4.-No se hace expresa declaración respecto al pago de las costas procesales derivadas del recurso de apelación interpuesto por D. Emiliano, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.