



Roj: **SAP P 251/2011 - ECLI:ES:APP:2011:251**

Id Cendoj: **34120370012011100251**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palencia**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2011**

Nº de Recurso: **139/2011**

Nº de Resolución: **171/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MAURICIO BUGIDOS SAN JOSE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PALENCIA

SENTENCIA: 00171/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALENCIA

Sección Civil 001

Rollo 139/11

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se indican al margen ha pronunciado

EN NO MBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 171/11

SEÑORES DEL TRIBUNAL

Ilmo. Sr. Presidente

Don Mauricio Bugidos San José

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Carlos Miguélez del Río

Don Ignacio Javier Ráfols Pérez

En la ciudad de Palencia, a diez de Junio de 2011

Vistos, en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ORDINARIO sobre declaración de derechos provenientes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Palencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el mismo de fecha 9 de septiembre de 2010, entre partes, de una, como apelante doña Modesta representada por el Procurador Don Luis Gonzalo Álvarez Albarrán y defendido por el Letrado Don José Luis Hernández Gajate, y de otra, como apelada, DON Alfredo, representado por el Procurador Don José Carlos Anero Bartolomé y defendido por el Letrado Vicente Guilarte Gutiérrez, siendo Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado Don Mauricio Bugidos San José.

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que el Fallo de dicha sentencia, literalmente dice: "Que desestimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Señor Álvarez Albarrán, en nombre y representación de Doña



Modesta , de o absolver y absuelvo al demandado Don Alfredo de las pretensiones contra el mismo ejercitadas en este procedimiento, condenando a la parte demandante al pago de las costas procesales

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso la parte actora el presente recurso de apelación, exponiendo las alegaciones en las que se basaba su impugnación, que fue admitido en ambos efectos, y previo traslado a las demás partes para que presentaran escritos de impugnación u oposición, fueron elevados los autos ante esta Audiencia, y al no haber sido propuesta prueba, es procedente dictar sentencia.

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Palencia dictó sentencia en fecha 9 de septiembre de 2010 del tenor advertido en los antecedentes de hecho de esta resolución, y contra la misma se alza la representación de Doña Modesta , en recurso del que dado traslado a la contraparte fue objeto de oposición con el resultado que obra en autos.

En el escrito de demanda, la representación de la aludida pedía que se declarase que 15.942 participaciones sociales de la entidad, COFEE PARTNERS, Sociedad Limitada, números NUM000 a NUM001 , por un importe nominal de 95.813, 35 €, suscritas en su día por el que fue su esposo DON Alfredo , en virtud de escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales, otorgada en Palencia, ante el notario DON JULIO HERRERO RUIZ, el día 5 Junio de 2003, pertenecen a la sociedad de **gananciales** formada en su día por la actora y el aludido, que aparece como demandado en las actuaciones, sin perjuicio del crédito del demandado frente a la sociedad en cuestión. De manera subsidiaria pedía que se declarase que las participaciones en cuestión, de no pertenecer a la sociedad de **gananciales**, lo fuesen a ambos litigantes en proindiviso y por iguales partes, también sin perjuicio del crédito de Don Alfredo frente a la actora. En el escrito de demanda se decía que el demandado había suscrito las participaciones de la sociedad en cuestión en el período comprendido entre el dictado de sentencia de separación de los litigantes, de fecha 6 febrero 2003 , y el dictado de sentencia que puso fin a la liquidación de sociedad de **gananciales**, de fecha 31 de julio de 2003 , por lo que entendía de aplicación por analogía el artículo 1352 del Código Civil , con las consecuencias que ello, a su juicio, comporta. El Juzgador de instancia no lo entendió así, pues consideró que la sociedad de **gananciales** se extinguió en el momento del dictado de sentencia de separación, y por ello las participaciones litigiosas serían un bien privativo del demandado, aludiendo además a que no había quedado acreditado que la suscripción de participaciones por Don Alfredo , lo hubiese sido por un derecho de suscripción preferente, lo que haría inaplicable también el artículo en cuestión. En el escrito de recurso se insiste en los argumentos ya utilizados con anterioridad, pidiendo la revocación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Dicho lo anterior, se advierte que la pretensión que se ejercita, se ampara en el artículo 1352 del Código civil , artículo que prevé que "**las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos**" , de lo que se desprende que de forma expresa no se regula una situación como la que nos ocupa, en que lo que se discute es si es aplicable el artículo en cuestión a participaciones suscritas en atención a otras anteriores pertenecientes a la sociedad de **gananciales**. Sin embargo, la recurrente sostiene la aplicación de dicho artículo por analogía, cuestión a la que nos referiremos en el siguiente fundamento jurídico, pues previo a considerar si ello es posible, habremos de estudiar si en el caso la suscripción de participaciones por el demandado lo fue a consecuencia de las anteriores, que pertenecían a la sociedad de **gananciales**, o no. El juzgador de instancia no lo entendió así, y fundamenta que no nos encontramos ante una situación de suscripción preferente de participaciones, y ello se contesta en el escrito de recurso negando tal argumento, pero también que no es necesario que las participaciones adquiridas lo fuesen por derecho de suscripción preferente.

La cuestión que se considera es esencial para resolver el recurso interpuesto, pues de considerar que las participaciones no traen causa en otras anteriores pertenecientes a la sociedad de **gananciales**, el recurso debería desestimarse, mas no es así. El derecho de suscripción preferente está regulado los artículos 75 y 76 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , ya derogada, pero vigente en el momento de la suscripción de las participaciones. El artículo 75 regula tal derecho con carácter general; y el artículo 76 excepciona la norma general aludiendo a la posibilidad de acordar la supresión total o parcial de tal derecho. El artículo 75 en cuestión también regula como requisito para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, que se establezca un plazo para ello, y excepciona a la norma general la situación que se produce cuando las nuevas participaciones sean consecuencia de la absorción o de la adquisición de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad. En el caso nos encontramos con que la suscripción de las participaciones litigiosas en su día, lo fue por los cuatro socios de la sociedad, sin establecimiento de plazo para el ejercicio del derecho, pero



también con que no aparece que se hiciese uso del artículo 76 y que, en consecuencia, se excluyese que la adquisición de participaciones lo fuese por el derecho de suscripción preferente, y desde luego la adquisición de nuevas participaciones no se debe a absorción ni a la adquisición de patrimonio de otra sociedad.

Así las cosas, es parecer de esta Sala, el de que la adquisición de las participaciones litigiosas fue por un derecho de **suscripción preferente**, pues lo único que se opondría a ello es que en su día no se estableció un plazo para el ejercicio del derecho, más tal plazo, que está previsto en garantía de los socios, no constituye la situación que se pretende en la sentencia recurrida ya que el hecho de que fuesen los socios de la sociedad en cuestión, sin que se haya alegado que se hubiese preterido a otros, los que suscribiesen las participaciones denota que no era necesario el establecimiento de dicho plazo. Por ello hemos de estar a la norma general, que es la de entender que la suscripción de nuevas participaciones por socios antiguos lo es con base en el derecho de suscripción preferente, toda vez que éste nos había excluido en la forma exigida por el artículo 76 de la aludida Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

Se alega por la parte apelada que, en el caso, la circunstancia, que se da por acreditada en sentencia, de que la suscripción de participaciones fuese en razón a la mala situación social, haría considerar que no nos encontramos ante un derecho de suscripción preferente, mas no se encuentra argumento para ello. Verdad es que el artículo 75 en cuestión, pretende, entre otras finalidades evitar "el aguamiento" de la participación social, y por ello se establece un mecanismo de prevención, en su doble vertiente tanto política como patrimonial, que posibilita al socio mantener el mismo porcentaje de capital social que poseía con anterioridad al aumento, pero también quiere evitar que los derechos latentes indirectos que corresponden a los accionistas sobre el patrimonio y las reservas sociales puedan verse afectados incluso si la emisión de nuevas participaciones se efectuase por un precio que no se correspondiese con su valor real; más las circunstancias descritas no impiden la aplicación de la norma en el presente caso, pues incluso una situación como la que se describe en sentencia y se mantiene por la apelada, no desvirtúa el derecho de suscripción preferente, en tanto con el mismo se pretenden finalidades, que en el caso también se han conseguido.

TERCERO.- Dicho lo anterior, la siguiente cuestión a considerar, que ya se ha advertido , es la de si el hecho de que propiamente el artículo 1352 del Código Civil , no regule el supuesto que se estudia, le hace o no aplicable. La parte apelada advierte que si el legislador lo hubiese querido así, lo habría establecido expresamente , y dice también que de aplicarse se rompería la lógica sistemática más elemental, más la opinión mayoritaria no es la misma. Debe advertirse que el **derecho de suscripción preferente** no tiene la consideración de fruto, aunque dicha cuestión aquí es intrascendente. De otro lado no es necesario acudir a la analogía para entender aplicable el artículo en cuestión, y aunque es verdad que el artículo 1352 no regula la suscripción de acciones o títulos **gananciales**, entra en juego la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil y en consecuencia presumiéndose **gananciales** los títulos o acciones originarias, también se presumen **gananciales** los adquiridos en virtud de aquellos, aunque en el caso, atendidas las circunstancias, tal conclusión tiene una especificidad que se contemplará. De tal tenor es la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 junio 1982 que afirma que "el previo carácter privativo del capital deberá acreditarse cumplidamente no con simples argumentos dialécticos, estando en otro caso cubiertos por **la presunción de ganancialidad** de todos los bienes existentes en él matrimonio".

En consecuencia, el recurso se va a estimar en la forma que se dirá, pues nos encontramos con que en el momento de la suscripción de participaciones sociales, aunque ya estaba extinguida la sociedad de **gananciales** por sentencia de separación, aún no se había liquidado la misma, y que el derecho de suscripción preferente estaba unido a las participaciones sociales ya existentes, y tenía el carácter de **ganancial**, precisamente por derivar de la titularidad de dichas participaciones preexistentes. En consecuencia su activación, en atención a lo dicho, no puede beneficiar a uno de los cónyuges con exclusión del otro.

Se dice que la actora ha ejercitado su acción a la vista del resultado económico para la Sociedad que tuvo precisamente la suscripción de nuevas participaciones, más se olvida que el derecho que ahora ejercita ya lo pretendió con anterioridad, y que le fue denegado, pero no por entender que no la pudiera corresponder, sino remitiéndola para su ejercicio a un nuevo procedimiento, pues así lo hizo la sentencia de esta Sala de fecha 31 mayo 2004 .

Debe de resolverse aún sobre la forma de estimación de la demanda y al respecto no puede obviarse no que esta Sala ya dictó sentencia de fecha 31 mayo 2004 , a la que ya se ha aludido, que refiriéndose precisamente a la cuestión que nos ocupa decía que de conformidad con lo establecido en los artículos 1394 y 1397.1 del Código Civil , no se podían incluir las participaciones litigiosas en el activo de la sociedad de **gananciales**, pareciendo con ello que se excluía del carácter **ganancial** a las participaciones en cuestión. Lógicamente esta sentencia está de acuerdo con ello, pero no puede olvidar que el derecho de suscripción preferente era un derecho **ganancial**, y que en consecuencia las consecuencias del ejercicio del mismo son que las participaciones adquiridas pertenecen a ambos cónyuges proindiviso, en tanto se adquieren como



consecuencia de un derecho **ganancial**, formándose así una nueva comunidad de bienes, que, en su carácter, atañe exclusivamente a las participaciones litigiosas. Es decir no cabe predicar el carácter de **ganancial** de las participaciones, a pesar de lo dicho en relación al derecho de suscripción preferente y a la presunción de ganancialidad, pero si que las consecuencias de la suscripción de nuevas participaciones en la forma que se hizo, no las hace privativas ni puede beneficiar solo al demandado. Por ello la demanda se va estimar en su petición subsidiaria, que se ha descrito con anterioridad.

CUARTO.- Al estimarse el recurso de apelación interpuesto, ello supone la estimación también de la demanda origen de actuaciones, por lo que aplicando el criterio del vencimiento objetivo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer las costas de primera instancia al demandado.

No se hace pronunciamiento en las costas de esta alzada, al estimarse el recurso interpuesto (artículo 398 de la LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Modesta contra la sentencia dictada el día 9 de septiembre de 2010, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Palencia , en los autos de que dimana el presente Rollo de Sala, debemos **REVOCAR** como **REVOCAMOS** dicha sentencia y, en consecuencia de lo anterior, **ESTIMANDO** la demanda presentada por la recurrente debemos **DECLARAR y DECLARAMOS** que las 15.942 participaciones sociales de la entidad **COFEE PARTNEERS, Sociedad Limitada** , números NUM000 a NUM001 , por un importe nominal de 95.813,35 € suscritas por DON Alfredo , en virtud de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales, otorgada en Palencia, ante el notario DON JULIO HERRERO RUIZ, el día 5 junio 2003, bajo el número 1684 de su protocolo, pertenecen al demandado y a la actora, en proindiviso y por iguales partes, y todo ello sin perjuicio del crédito del demandado frente a la actora, por la mitad del importe satisfecho por las mismas. Se imponen las costas de primera instancia a la parte demandada, y no se hace pronunciamiento en las costas de esta alzada.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Don Mauricio Bugidos San José, Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha de lo que yo el Secretario certifico.