



Roj: SAP M 5933/2013
Id Cendoj: 28079370282013100091
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 28
Nº de Recurso: 37/2012
Nº de Resolución: 100/2013
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: ENRIQUE GARCIA GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00100/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

t6

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 37/2012

Materia: Sociedades.

Organo judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 803/2009

SENTENCIA nº 100/2013

En Madrid, a 5 de abril de 2013.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. **Enrique García García** y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 37/2012, los autos del procedimiento ordinario número 803/2009, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, el cual fue promovido por Dª. Celia contra JACKETS JEANS SL, D. Julián y D. Leovigildo, siendo objeto del mismo el ejercicio de acciones de adquisición preferente de **participaciones** sociales.

Han actuado en representación y defensa de las partes, en esta segunda instancia, el Procurador D. Pablo Oterino Méndez y la letrado Dª Ana Mª Araujo Martín por JACKETS JEANS SL, D. Julián y D. Leovigildo, como parte apelante, la Procuradora Dª Dolores Uroz Moreno y el Letrado D. Antonio Gómez Almansa Plaza por Dª. Celia, como parte apelada y a su vez también impugnante de la sentencia del juzgado de lo mercantil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 18 de septiembre de 2009 por la representación de Dª. Celia contra JACKETS JEANS SL, D. Julián y D. Leovigildo, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que se dictase sentencia por la que:

"1).- Se declare la nulidad y, en su caso la anulabilidad, de las compraventas realizadas de las 200 **participaciones** sociales transmitidas que existían en la autocartera de la sociedad Jackets Jeans, S.L., por la vulneración del **derecho** preferente de adquisición de mi mandante, que ostenta mi mandante como socia de dicha sociedad.

2).- Que se declare la invalidez e ineficacia de la transmisión de las 200 **participaciones** efectuada y ordene a la sociedad Jackets Jeans, S.L. que prive de la cualidad de socios a D. Julián, y a D. Leovigildo.

3).- Que se declare que mi mandante tiene el **derecho** preferente de adquisición, y en su caso, de **tanteo** y retracto para la adquisición de las referidas 200 **participaciones** sociales de la sociedad Jackets Jeans, S.L. en las mismas condiciones que habían sido transmitidas al Sr. Julián y al Sr. Leovigildo , y obligue a la sociedad Jackets Jeans, S.L. a comparecer ante el Notario que elija mi mandante para formalizar la transmisión a favor de mi mandante en el menor espacio de tiempo posible.

4).- Que se condene a las partes demandadas a estar y pasar por dichas declaraciones y otras que SS^a disponga.

5).- Y en consecuencia, todo ello, con expresa imposición de costas a las partes demandadas."

SEGUNDO.- Tras seguirse el proceso por sus trámites correspondientes el Juzgado lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 12 de septiembre de 2011 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Dolores Uroz Moreno en nombre y representación de D^a Celia y la mercantil "JACKETS JEANS, S.L", Julián y D. Leovigildo representados por el Procurador de los Tribunales D. Pablo Oterino Menéndez y asistidos por la Letrada D^a. Ana María Araujo Martín, y, en consecuencia, declaro:

1º.- La nulidad de las compraventas realizadas de las 200 **participaciones** sociales transmitidas que existían en la autocartera de la sociedad "JACKETS JEANS, S.L.", por vulneración del **derecho** preferente de adquisición de la actora, que ésta ostenta como socia de dicha sociedad.

2º.- La invalidez e ineficacia de la transmisión de las 200 **participaciones** efectuada y, en consecuencia, ordeno a la sociedad "JACKETS JEANS, S.L." a privar de la cualidad de socios a D. Julián y a D. Leovigildo .

3º.- Que la actora tiene el **derecho** de adquisición preferente de adquisición en los términos establecidos en el artículo 29.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para la adquisición de las referidas 200 **participaciones** sociales de la sociedad "JACKETS JEANS, S.L." en las mismas condiciones que habían sido transmitidas a los demandados D. Julián y D. Leovigildo ; Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de JACKETS JEANS SL, D. Julián y D. Leovigildo se interpuso recurso de apelación que fue admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte.

Asimismo por D^a. Celia se planteó, mediante el trámite de impugnación, recurso contra la referida sentencia, del que se dio traslado a la parte inicialmente apelante.

Todo ello ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, donde tuvieron entrada los autos con fecha 17 de enero de 2012.

CUARTO.- La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 4 de marzo de 2013.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **Enrique García García**, que expresa el parecer del tribunal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante, D^a. Celia , en su condición de socia de la entidad demandada JACKETS JEANS SL, ha venido sosteniendo a lo largo de esta proceso que ella ostentaría un **derecho** de adquisición preferente para hacerse con la titularidad de 200 **participaciones** sociales que estaban en régimen de autocartera. La actora considera que la enajenación de las mismas a terceros, como lo son los codemandados, D. Julián y D. Leovigildo , pese a su condición de personas que estaban vinculadas a JACKETS JEANS SL, pero sin ser antes socios de la misma, no podía realizarse de modo válido una vez que ella ya había manifestado de modo explícito, incluso en el marco de una junta general, su interés en adquirirlas. Considera que el consentimiento de la sociedad a la transmisión de las **participaciones** a un tercero no sería válido cuando un socio había expresado tal intención y que la ejecución de un acuerdo social de esa índole sólo perseguiría encubrir una indebida autorización por parte de la junta general. De ahí que suplicase que el juez debiera declarar que le asistía un **derecho** de adquisición preferente sobre tales **participaciones** sociales, que debiese declarar inválida la transmisión operada a favor de tercero y que hubiese de reconocerle tanto

una suerte de **derecho** de **tanteo** como de retracto, merced a lo cual ha llegado incluso a interesar en esta segunda instancia que debiera obligarse a la sociedad a venderle a ella tales **participaciones**.

Como tales planteamientos fueron acogidos, al menos sustancialmente (a falta de la matización que se reclama por vía de impugnación de sentencia), en la resolución dictada en la primera instancia, la parte demandada, ahora apelante, insiste en un alegato que ya opuso ante el juzgado de lo mercantil, aunque, por desgracia para ella, sin demasiada fortuna entonces. Lo que se sostiene en el recurso es que la demandante carecería del **derecho** de adquisición preferente que pretende ejercitar, el cual la sentencia le habría venido a reconocer por una incorrecta aplicación de la normativa aplicable al caso, al obviar además que la junta general celebrada el 26 de enero de 2006 habría autorizado la transmisión de las 200 **participaciones** a favor de los ejecutivos del grupo, que es precisamente la operación que ejecutó luego el consejo de administración de la entidad.

En nuestra opinión la polémica sustentada es de índole jurídica. El debate no estriba, en realidad, en el decurso de los hechos acaecidos en el seno de la sociedad JACKETS JEANS SL, que resultan reconocidos, sino en el recto entendimiento de las consecuencias de los mismos merced a la normativa aplicable en el seno de la mencionada entidad para una transmisión voluntaria de **participaciones** sociales por actos inter vivos y en si la misma ampararía un **derecho** de adquisición preferente como el que esgrime la demandante. A la luz de un correcto planteamiento jurídico puede comprenderse la trascendencia a estos efectos del hito fáctico de referencia, que lo constituye lo acordado en la junta general celebrada el 26 de enero de 2006, resultando muy poco significativo el resto de acontecimientos, en los que entendemos que no estaría justificado que nos entretuviésemos.

Significamos que pese a que ya se haya integrado en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, las citas legales que efectuaremos todavía vienen referidas, por razones cronológicas (principio "tempus regit actum"), a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo) que es el cuerpo legal que, con las reformas correspondientes, resulta aplicable para resolver este litigio.

SEGUNDO.- El artículo 7º de los estatutos sociales de JACKETS JEANS SL, en su punto "A", recoge la normativa aplicable para la transmisión voluntaria de **participaciones** sociales por actos inter vivos. Tras reflejar la regla legal de libertad para ello cuando aquélla opere entre socios, cónyuges, ascendiente o descendiente de socio o a favor de sociedades del grupo (en sintonía con lo dispuesto en el artículo 29.1 de la LSRL), contiene, en su segundo párrafo, una remisión expresa a la aplicación en los demás supuestos de transmisión voluntaria inter vivos del régimen legal que establece con carácter supletorio (es decir, a falta de regulación estatutaria al respecto, lo que equivale en este caso al expresado reenvío) el artículo 29.2 de la LSRL .

Pues bien, el régimen jurídico que contempla el artículo 29.2 de la LSRL se atiene al que es denominado como el de "cláusula de consentimiento o de autorización social", conforme al cual es la propia sociedad la que debe autorizar, por acuerdo de su junta general (según el régimen de mayoría ordinaria que contempla el artículo 53.1 de la LSRL en relación con el precepto antes citado), la transmisión proyectada.

No existe, por lo tanto, un auténtico **derecho** de **tanteo**, ni tampoco de ulterior retracto (salvo que lo hubieran configurado así los estatutos, lo que no es el caso), como el que sostiene la demandante-apelada (que, por cierto, entremezcla instituciones y efectos heterogéneos en su planteamiento), sino que es la mayoría de los socios, a través del consentimiento prestado en junta general, la que antepone su voluntad al interés que pudiera albergar un socio concreto en adquirir las **participaciones** que van a ser objeto de la transmisión. El **derecho** de la sociedad a impedir la entrada de un socio no deseado se satisface con la posibilidad de que se deniegue la autorización, en cuyo caso deberá proponerle la adquisición por las personas (socias o no) que la entidad designe a fin de atender también el **derecho** del socio interesado en poder transmitir (de modo que el sistema de autorización no se convierta en una simple prohibición para ello).

Si la sociedad otorga su consentimiento por mayoría en la junta general para que se efectúe la transmisión proyectada, ninguno de los socios podrá oponer de modo individual un **derecho** de adquisición preferente que no le asiste.

Sólo en el caso de que en la junta se decidiese por mayoría no otorgar consentimiento a la transmisión existiría una simple preferencia sobre los terceros por parte del socio interesado en la adquisición, que no propiamente un **derecho** de adquisición preferente del mismo, para ser uno de los propuestos por la sociedad como posible adquirente alternativo de las **participaciones** sociales que se pretendiesen transmitir.

TERCERO.- Tanto la demanda, como la sentencia de primera instancia que se pliega al planteamiento de ésta, se desentienden de modo palmario del esquema legal (al que se remite además la normativa estatutaria de JACKETS JEANS SL) que acabamos de explicar, para tratar de atribuir, partiendo para ello de premisas erróneas, a la demandante un **derecho** de adquisición preferente que en momento alguno le ha asistido. La demanda no podía prosperar, por la sencilla razón de que la demandante ha pretendido esgrimir un **derecho** que no ostenta. En consecuencia no podía declararse, como se suplicaba en aquélla, ni la vulneración del mismo, ni tampoco reponerle en su ejercicio, ni obligar a la sociedad, como se remarca ahora por medio de apelación adhesiva, vía impugnación, a venderle unas **participaciones** sociales, que, por cierto, ya habrían sido objeto de enajenación a tercero con el respaldo de la mayoría social.

Resulta insostenible que la actora haya llegado a afirmar que al haber ella manifestado en junta su interés en adquirir las 200 **participaciones** que tenía la sociedad en autocartera devendría, en su opinión, inejecutable el acuerdo de la junta general de 26 de enero de 2006 de que se ofertara la adquisición de las mismas a los ejecutivos del grupo. El correcto enfoque jurídico del problema ha de ser justamente al contrario: si la sociedad autoriza en junta la transmisión la demandante carece de **derecho** alguno para interferir en ella.

Es cierto que la autorización acordada en junta de 26 de enero de 2006, que apreciamos que no es objeto de debate que existió (sólo cuáles deberían ser sus consecuencias jurídicas), resultaba un tanto genérica, pero no hemos de olvidar que este proceso no versa, porque no era esa la causa de pedir ni se refería a ello el suplico de la demanda, sobre una impugnación, que debería haberse planteado en tiempo y forma (artículo 56 de la LSRL en relación con el artículo 115 y ss del TRLSA), del citado acuerdo social ni de sus concretos términos; por otro lado, estos últimos podían ser objeto de integración merced a que el precio por **participación** social ya venía fijado con suma concreción en el inciso anterior del texto del propio acuerdo (pues se adoptaron decisiones sobre las 1000 **participaciones** sociales que estaban en autocartera, aprobando por mayoría la venta de 800 de ellas a los propios socios a 480 euros por **participación**, en tanto que el destino de las otras 200 era el ser objeto de adquisición por los ejecutivos del grupo) y a que la identidad de los adquirentes, por su condición de personal vinculado a la propia empresa, resultaba susceptible de ser reconocida por parte de los socios, aunque no se hiciese figurar, como hubiese sido lo más ortodoxo, sus nombres de modo explícito en el propio texto de lo acordado.

CUARTO.- Las costas derivadas de la primera instancia, puesto que consideramos que la demanda no debería haber prosperado, han ser impuestas a la parte demandante, según el principio del vencimiento objetivo que inspira la redacción del nº 1 del artículo 394 de la LEC . No son apreciables serias dudas de hecho ni de **derecho**, a tenor de lo que precedentemente hemos explicado, que es lo único que hubiera podido permitir el que se aplicara un tratamiento de excepción ante tal regla general.

QUINTO.- La estimación del recurso de la parte demandada supone la no imposición de las costas derivadas de su apelación, tal como se prevé en el nº 2 del artículo 398 de la LEC .

En cambio, la desestimación del recurso planteado, vía impugnación, por la demandante conlleva la imposición a la misma de las costas generadas con su apelación, conforme al nº 1 del artículo 398 de la LEC en relación con el artículo 394 de la LEC , pues lo que no podemos justificar es su empeño en conseguir en la segunda instancia un pronunciamiento adicional que no resultaba procedente.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de JACKETS JEANS SL, D. Julián y D. Leovigildo contra la sentencia dictada el 12 de septiembre de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en el juicio ordinario nº 803/2009, por lo que revocamos dicha resolución, con las siguientes consecuencias:

1º.- desestimamos la demanda planteada por D^a. Celia contra JACKETS JEANS SL, D. Julián y D. Leovigildo ;

2º.- imponemos a la mencionada parte demandante las costas derivadas de la primera instancia; y

3º.- no efectuamos expresa imposición de las costas causadas por el recurso de JACKETS JEANS SL, D. Julián y D. Leovigildo .

Asimismo desestimamos la apelación por vía de impugnación planteada por la representación de D^a. Celia , a la que imponemos las costas derivadas de su recurso.



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ