

Roj: STS 1919/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1919

Id Cendoj: 28079110012016100294

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2797/2013

Nº de Resolución: 296/2016

Procedimiento: Casación

Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 5 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Prim S.A, representada por la procuradora D.^a María del Mar Martínez Bueno, bajo la dirección letrada de D. Diego Salas Prada; contra la sentencia dictada el 25 de octubre de 2013 por la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 493/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1003/2007 del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid. Ha sido parte recurrida Saarema Sociedad Promotora de Centros Residenciales S.L. (sociedad absorbente de Residencial CDV-16, S.A.), representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril y bajo la dirección letrada de D.^a Concepción Cristobalena.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora María del Mar Martínez Bueno, en nombre y representación de Prim S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Residencial CDV-16, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que, estimando la demanda, se declare:

»1).- La nulidad de la Junta General de Accionistas de la Entidad Residencial CDV-16, S.A. celebrada con carácter de extraordinaria el día 18 de julio de 2007 por los defectos e irregularidades de constitución, celebración y desarrollo, y la nulidad de los acuerdos allí adoptados y de los actos de ejecución de los acuerdos impugnados.

»2).- Subsidiariamente, la nulidad del acuerdo adoptado en el punto 1º del orden del día de la convocatoria de dicha Junta de modificación del Art. 6º de los Estatutos Sociales, suprimiendo del mismo el régimen de transmisión de las acciones de la sociedad "Residencial CDV,16, Sociedad Anónima", con abusivo ejercicio de los derechos por una mayoría, en detrimento de una minoría a la que sin beneficio de la sociedad, se le ha distraído su derecho de adquisición preferente de unas acciones, cuya venta, ya ha sido consumada arteramente y secretamente con terceros extraños a la sociedad, ignorando, burdamente, lo dispuesto en el Art. 158.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

»3).- En todo caso, la inscripción de la Sentencia en el Registro Mercantil de Madrid, su publicación en extracto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como la cancelación de la inscripción en dicho Registro de los acuerdos impugnados y de cuantos asientos posteriores a dichos acuerdos impugnados resulten contradictorios con la Sentencia que se dicte en este procedimiento.

»Y todo ello con expresa imposición de costas a la sociedad demandada».

2.- La demanda fue presentada el 30 de julio de 2007, y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, fue registrada con el núm. 1003/2007. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Almudena Vázquez Juárez en representación de Residencial CDV-16 S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos formulados frente a ella, con expresa imposición de costas a la parte actora, todo ello con lo demás procedente en derecho ».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid dictó sentencia de fecha 14 de febrero de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda planteada por la Procuradora D.ª Mª del Mar Martínez Bueno, en n (sic) de PRIM, S.A. declaro no haber lugar a ninguno de los pedimentos solicitados, absolviendo a la demandada, RESIDENCIAL CDV-16 S.A., de cuantas pretensiones se dedujeron de contrario, con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Prim, S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo núm. 493/2012 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 25 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva dispone:

«1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de PRIM SA contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid en el juicio ordinario nº 1003/2007.

2.- Imponemos a la parte recurrente las costas derivadas de la segunda instancia».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1º.- La procuradora D.ª María del Mar Martínez Bueno, en representación de Prim S.A., interpuso recurso de casación, con un único motivo:

«Único.- Al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC , por presentar "interés casacional" la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 de la LEC , es decir, "por existir un criterio dispar de sentencias de las audiencias provinciales, que se pronuncian de forma contrapuesta, al interpretar el apartado 3 del art. 107 LSA ", lo que integra el evidente interés casacional al que va dirigido el presente recurso para que, en contra del criterio seguido en la sentencia recurrida, se fije la doctrina que se estima correcta y que ya ha sido adoptada por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2005 ».

2º.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 16 septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Prim, SA contra la Sentencia dictada, en fecha 25 de octubre de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) en el rollo nº 493/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1003/2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid».

3º.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4º.- Por providencia de 18 de febrero de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de abril de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 18 de junio de 2007, se celebró junta general extraordinaria de la compañía mercantil Residencial CDV-16 S.A., a la que asistió la totalidad del capital social. Entre los asistentes se encontraban Prim, S.A., que era titular del 48,68% del accionariado, y D. Ceferino , que representaba a 45 accionistas, que previamente habían otorgado escritura pública en la que sindicaban sus acciones, y que en conjunto eran titulares del 39,502% del capital social.

2.- Prim, S.A. interpuso una demanda contra Residencial CDV-16 S.A. en la que solicitó: 1º) Con carácter principal, la declaración de nulidad de la referida junta general, de los acuerdos adoptados en la misma (que consistieron fundamentalmente en la modificación del régimen previsto en los estatutos para la transmisión de las acciones de la sociedad) y de sus actos de ejecución, por las irregularidades en la constitución, celebración y desarrollo de la citada junta, en concreto, por haberse admitido la asistencia y voto de 45 accionistas, representados por un socio, cuando tales representaciones no cumplirían los requisitos exigidos para la denominada «solicitud pública de representación», regulada en el artículo 107 de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA); 2º) Subsidiariamente, la nulidad del acuerdo adoptado en el punto 1.º del orden del día, relativo a la modificación del artículo 6.º de los estatutos sociales de Residencial CDV-16 S.A., al entender que se había producido un ejercicio abusivo del derecho por parte de la mayoría social para sustraer a la minoría el derecho de adquisición preferente de unas acciones que se pretendían vender a tercero (o que incluso, según la actora, ya habrían sido indebidamente vendidas).

3.- El juzgado de lo mercantil desestimó la demanda. En cuanto a la pretensión principal, por entender que el supuesto enjuiciado no era un caso de solicitud pública de representación, sino una actuación inherente a la constitución de un sindicato de accionistas, que actuaron de modo organizado mediante una confluencia de voluntades. Y en lo referente a la petición subsidiaria, porque tras negar la condición de minoría que se atribuye la actora, se consideró legítima la conducta del resto de los accionistas.

4.- Apelada la sentencia de primera instancia por la demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Para ello, siguió el criterio de la sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2007. Según la sentencia recurrida, no todo supuesto de representación de más de tres accionistas en una junta general de una sociedad anónima constituye un caso de solicitud pública de representación, ya que el art. 107.1 LSA exigía una serie de requisitos, entre los que se incluye que haya sido el representante quien solicitara la representación, que debería constar en un poder que contuviera el orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votaría el representante en aquello no expresamente previsto en tales instrucciones. Mientras que si la iniciativa para otorgar la representación surge de los propios accionistas, aunque el representante represente a más de tres socios, no existirá solicitud pública de representación y no se requerirán los mencionados requisitos.

La Audiencia concluyó que en el caso enjuiciado la representación tuvo su origen en un pacto de sindicación de acciones y no en un supuesto de solicitud pública de representación.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Único motivo. Existencia de interés casacional.*

Planteamiento:

1.- El único motivo del recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional, por existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en la interpretación del art. 107.3 LSA; así como porque la sentencia recurrida infringe la doctrina establecida por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2005, que a su vez es contradictoria con la de la misma Sala de 6 de julio de 2007.

2.- En el desarrollo del motivo se alega resumidamente que el art. 107.3 LSA tiene carácter absoluto y obliga a prescindir por completo de la manera en que el representante ha obtenido la representación, de modo que siempre que se represente a más de tres accionistas hay que seguir el procedimiento de representación pública previsto en el art. 107.1 LSA.

Decisión de la Sala sobre la admisibilidad del recurso:

1.- Como quiera que la parte recurrida niega la existencia de interés casacional y, por tanto, solicita la inadmisibilidad del recurso, debe ser ésta la primera cuestión sobre la que nos pronunciemos.

La Ley de Enjuiciamiento Civil permite el acceso al recurso de casación contra sentencias recaídas en los procesos cuya cuantía exceda de 600.000 €, o en aquellos asuntos que no se tramiten por razón de su cuantía, los de cuantía indeterminada y también los de cuantía determinada -salvo que esta no supere los 3.000 euros, ya que en tal supuesto ni siquiera hay posibilidad de apelación-, siempre que exista interés casacional (art. 477.2.3.º LEC). Como recuerda la sentencia de esta Sala núm. 207/2016, de 5 de abril, tal opción legislativa de ampliar el acceso a la casación a la generalidad de los asuntos -incluso aquellos en los que la sentencia no produce efecto de cosa juzgada material- tiene como finalidad facilitar que este Tribunal ejerza su función de unificación de doctrina, siempre que se trate de materias en que efectivamente ello resulte posible y necesario para la mejor administración de justicia, sin que pueda darse cabida a los supuestos en que el interés casacional sea meramente ficticio y no se pretenda en realidad más que la formulación por esta

Sala de un nuevo juicio que integre, a su vez, una tercera instancia; o en su caso, la posibilidad de sostener un recurso por infracción procesal.

2.- El art. 477.3 LEC establece que:

«Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

En relación con lo cual, el auto de esta Sala de 6 de marzo de 2012 (Rec. 1178/11), afirma que el interés casacional:

«consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un «interés casacional» que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha. En la misma línea AATS de 29/9/11, Rec. 133/11 ; 12/4/11, Rec. 764/09 ; 20/9/11, Rec. 1337/11 ; 12/4/11, Rec. 764/09 ; entre otros».

3.- Sobre esta base legal y jurisprudencial, el recurso que se somete a nuestra consideración sí tiene tal interés casacional, porque existe contradicción, por lo menos aparente, entre las dos sentencias del Tribunal Supremo que se citan (sentencias núm. 543/2005, de 6 de julio ; y 772/2007, de 6 de julio).

En efecto, la núm. 543/2005 niega que el art. 107.3 LSA («Se entenderá que ha habido solicitud pública cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas»), contenga una presunción *iuris tantum* , y dice expresamente:

«En realidad, el apartado 3 del art. 107 LSA no puede haber sentado simplemente una presunción *iuris tantum*, pues impondría la carga de probar un hecho negativo (que no hubo solicitud de representación pública) de dificultades obvias. Es un mandato del legislador al destinatario de la norma, que establece un criterio absoluto de representación en el supuesto de hecho contemplado en la misma, y no es infrecuente el empleo del verbo "entender" con esa significación. Así, por ejemplo, en los arts. 751 , 771 , 957, 1.000 , 1.009 y 1.321, todos del Código civil . En suma, más de tres representaciones conferidas a una misma persona conlleva que su contenido deba atenerse a lo ordenado en el apartado 1 del art. 107 LSA ».

Mientras que la sentencia 772/2007 , al hacer suyas las conclusiones de la sentencia de la Audiencia Provincial contra la que se había interpuesto el recurso de casación, afirma que el mencionado art. 107.3 LSA sí contiene una presunción *iuris tantum* y sostiene que no resulta aplicable cuando no hay solicitud del representante, sino que la representación se produce a iniciativa de los propios accionistas, que no constituyen un grupo indiferenciado, ya que -como sucedía en ese caso- están previamente integrados en un sindicato de accionistas.

TERCERO.- Interpretación del art. 107.3 LSA (actual art. 186.3 de la Ley de Sociedades de Capital).
Solicitud pública de representación.

1.- Para una exégesis correcta del precepto debemos partir del sentido y función de la institución de la solicitud pública de representación. La misma tiene una finalidad protectora del accionista cuando su representación no es otorgada a iniciativa propia, sino que le es pedida por sujetos o instituciones que suelen tener una posición especialmente cualificada en la sociedad. El supuesto de hecho que regula la norma es que la representación se solicite por el futuro representante mediante una solicitud pública (presupuesto objetivo). Cuyo régimen deberá aplicarse, conforme al art. 107.1 LSA -actual art. 186.1 LSC-, siempre que los solicitantes sean los administradores de la sociedad, las entidades depositarias de los títulos o las encargadas del registro de anotaciones en cuenta (presupuesto subjetivo).

2.- En tales casos, lo que la Ley pretende es que los solicitantes de la representación hagan uso de ésta de acuerdo con la voluntad y en interés del accionista representado, y no conforme a su propio y exclusivo interés, ni como técnica de control de la sociedad. Además, la solicitud pública de representación adquiere su plena funcionalidad en el ámbito de sociedades anónimas abiertas al mercado de capitales y caracterizadas, entre otros aspectos, por la existencia de un gran número de accionistas meramente inversores y, en cuanto

tales, no directamente interesados en la gestión social y en el control de la sociedad. De modo que esta técnica de representación institucional es utilizada para evitar la inoperatividad funcional de la junta general, susceptible de producirse si la reducida asistencia de los accionistas a las juntas impide alcanzar el quórum necesario para su válida constitución. A su vez, en tales supuestos, la concesión a favor de una misma persona de más de tres representaciones para que asista a la junta general determina la necesidad de cumplir las formalidades y demás requisitos exigidos legalmente en materia de solicitud pública de representación (art. 107.1 LSA), sin que sea necesario probar que ha habido solicitud pública. En tal caso, la motivación que han tenido los accionistas para conceder el poder de representación es jurídicamente indiferente.

La solicitud de representación es pública cuando se realiza respecto de la generalidad de accionistas - no necesariamente todos- de una misma sociedad o un número más o menos amplio de éstos. En principio, los destinatarios de la solicitud son los accionistas, pero en determinados supuestos cabe que sean quienes, sin serlo, pueden ejercitar los derechos de asistencia y voto (por ejemplo, el usufructuario o el acreedor pignoraticio).

3.- El art. 107.3 LSA no puede interpretarse ni aplicarse de manera aislada, sino que tiene que ponerse en relación con la propia institución en cuya regulación se incluye -la solicitud pública de representación- y especialmente con el art. 107.1 LSA , de modo que debe interpretarse que se presumirá -salvo prueba en contrario- que cuando hay más de tres representados habrá solicitud pública, si la misma la han solicitado las personas u organismos previstos en el n.º 1. Pero no en otros casos no previstos en el precepto.

Bajo estas premisas, el art. 107.3 LSA no impone de manera absoluta la existencia de solicitud pública de representación cuando una misma persona ostenta la representación de más de tres accionistas, sino que únicamente la presume (no mediante una presunción propiamente dicha, sino conforme a una técnica presuntiva). Situación que admite prueba en contrario, porque puede desvirtuarse, por ejemplo, haciendo constar en el escrito de apoderamiento que se hace por propia iniciativa y no en respuesta a solicitud alguna.

En realidad, el art. 107.3 LSA determina no cuándo existe una solicitud pública, sino cuándo una solicitud ha de considerarse que se ha realizado de forma pública. Si se considera que lo presumido es la existencia de solicitud, es claro que no puede exigirse que se pruebe el hecho cuya existencia se presume (la solicitud de representación), que es a lo que se refería la sentencia de 6 de julio de 2005 . Pero la cuestión es diferente si se estima que lo presumido no es la existencia de una solicitud, sino el carácter público de una solicitud previa, en cuyo caso sí resulta necesario probar la existencia de la solicitud. Esta última interpretación, acorde con la sentencia de 6 de julio de 2007 , es la que consideramos más ajustada a la finalidad del régimen especial y evita que éste se aplique imperativamente a supuestos en los que no ha existido solicitud previa.

CUARTO.- *Los pactos de sindicación de acciones y su ejecución a través de la representación en la junta.*

1.- Contrariamente a los casos tratados en el fundamento anterior, la representación otorgada por un sindicato de accionistas tiene una motivación y finalidad diferentes a la de la solicitud pública de representación. El pacto de sindicación de acciones es un acuerdo extrasocietario o parasocial generalmente no oponible a la sociedad (art. 7.1 LSA ., actual art. 29.1 LSC), pero de eficacia vinculante para quienes lo suscriben. Por este acuerdo los sindicatos se comprometen, entre sí o frente a terceros, a votar en la junta general en un determinado sentido, decidido por la mayoría del sindicato y mediante el ejercicio del voto por sí mismos o a través de un representante, también elegido por el sindicato. En suma, se trata de un contrato asociativo que tiene como finalidad poder influir en las decisiones que se adopten en el seno de la junta general de la sociedad emisora.

2.- En el caso enjuiciado, la representación ejercida en la junta general impugnada no obedecía a la primera de las situaciones antedichas (solicitud pública de representación), sino a la segunda (pacto de sindicación de voto). Por lo que, como acertadamente concluye la Audiencia Provincial, no resultaba aplicable el art. 107 LSA . Como consecuencia de lo cual, debe desestimarse el recurso de casación.

QUINTO.- *Fijación de doctrina jurisprudencial.*

1.- Aunque como regla general el art. 487.3 prevé la fijación de doctrina jurisprudencial para los casos en que se casa la sentencia, la divergencia de pronunciamientos recaídos hasta la fecha aconseja tal fijación en este caso, aunque se desestima el recurso de casación.

2.- Procede, por tanto, fijar como doctrina jurisprudencial, la siguiente: «El art. 107.3 LSA (actual art. 186.3 LSC) debe considerarse como una presunción legal que admite prueba en contrario, aplicable

únicamente a aquellos casos en que haya mediado una solicitud pública de representación en los términos del art. 107.1 LSA (actual art. 186.1 LSC)».

SEXTO.- Costas y depósitos.

1.- Pese a la desestimación del recurso de casación, dada la divergencia de pronunciamientos jurisprudenciales existentes, se considera adecuado no hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según permite el art. 394.1 LEC , por remisión del art. 398.1 de la misma Ley .

2.- Procede la pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Prim S.A. contra la sentencia dictada por la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 25 de octubre de 2013, en el recurso de apelación nº 493/2012 . 2.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición. 3.º- Fijar como doctrina jurisprudencial: «El art. 107.3 LSA (actual art. 186.3 LSC) debe considerarse como una presunción legal que admite prueba en contrario, aplicable únicamente a aquellos casos en que haya mediado una solicitud pública de representación en los términos del art. 107.1 LSA (actual art. 186.1 LSC)». Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres