



Roj: **SAP B 11586/2010 - ECLI: ES:APB:2010:11586**

Id Cendoj: **08019370152010100312**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **17/11/2010**

Nº de Recurso: **34/2010**

Nº de Resolución: **394/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCION DECIMOQUINTA**

Rollo núm. 34/2010-2ª

Juicio Ordinario núm. 682/08

Juzgado de Mercantil núm. 3

**SENTENCIA núm. 394/10**

#### **Ilustrísimos Señores Magistrados:**

D. MARTA RALLO AYEZCUREN

D. JORDI LLUÍS FORGAS I FOLCH

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

En la ciudad de Barcelona, a diecisiete de noviembre de dos mil diez.

**VISTOS** en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 3 de esta localidad, por virtud de demanda de D.ª Marina contra Cohertal Comercio de Herramental, S.L., pendientes en esta instancia al haber apelado D.ª María Rosa la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 14 de julio de 2009. En el referido proceso se tuvo como interviniente voluntaria en la posición de demandada a D.ª María Rosa .

Han comparecido en esta alzada la apelante D.ª María Rosa , representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Amoraga Calvo y defendida por la letrada Sra. Furquet Monasterio, así como la actora en calidad de apelada, representada por la Procuradora Sra. Jorba Pàmies y defendida por el letrado Sr. Gómez Ponti.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: << *Que con estimación íntegra de la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Berta Jorbá Pàmies en nombre y representación de Doña Marina y dirigida contra Cohertal Comercio de Herramental, S.L. y Doña María Rosa , debo declarar y declaro la nulidad de los acuerdos adoptados por la sociedad codemandada en la Junta General de Socios celebrada el 29 de julio de 2008, ordenando la inscripción de la presente sentencia en el Registro Mercantil, con consecuente cancelación de la inscripción de los acuerdos nulos y de los asientos posteriores que les sean incompatibles, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a ninguna de las partes, corriendo cada una de ellas con las generadas a su instancia*>>.



**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación María Rosa . Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, en la que se turnaron a la Sección Decimoquinta, que señaló votación y fallo para el día 8 de septiembre pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** . El objeto del proceso de instancia consiste en la acción interpuesta por la socia titular del cien por cien de las participaciones sociales contra los acuerdos sociales adoptados en la junta de fecha 29 de julio de 2008. El motivo de la impugnación se encuentra en que no se le permitió el voto respecto del noventa por ciento de las referidas participaciones, sobre las que pesa una administración a favor de D.<sup>a</sup> María Rosa establecida por medio de testamento del que fuera anterior titular de las mismas, el fallecido esposo de la actora impugnante.

En la Sentencia recurrida se estimó la demanda con fundamento en que no podía disociarse la cualidad de socio del ejercicio de los derechos políticos que legalmente se atribuyen al mismo más que en los casos legal o estatutariamente establecidos, lo que no ocurre en el supuesto que se considera, dado que la administración ni siquiera se encuentra entre los supuestos en los que es posible tal disociación.

Frente a ella se alza D.<sup>a</sup> María Rosa , que compareció en las actuaciones en la calidad de interviniente en la posición de demandada, aduciendo que se ha incurrido en error por parte del Juez de instancia al considerar que los derechos políticos le corresponde ejercitarlos a la socia titular de las participaciones sociales y no a ella misma, en su calidad de administradora de las referidas participaciones. Aduce que con ello, tal y como tiene establecido la doctrina de la Dirección General de los Registros, no se produce propiamente disociación entre quien ostenta la condición de socio y quien ejercita los derechos políticos sino un simple cambio en la legitimación para el ejercicio de tales derechos, que viene justificado por la constitución de la figura del administrador realizada por el testador, que ha sido considerada válida por sendas sentencias judiciales, la primera del Juzgado 52 y la segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona.

**SEGUNDO** . Los antecedentes de hecho relevantes para decidir sobre las cuestiones controvertidas son los siguientes:

1.º) Las participaciones sociales integrantes del capital social de Cohertal pertenecían a dos socios: el Sr. Juan Carlos era titular del 90 % y el otro 10 % correspondía a su esposa, la demandante D.<sup>a</sup> Rocío .

2.º) El Sr. Juan Carlos murió en fecha 9 de noviembre de 2007, habiendo otorgado testamento en fecha 14 de junio de 2007 por el que instituía como heredera universal a su esposa, la actora Sra. Marina , si bien con una cláusula que decía literalmente lo siguiente: << *Nombra administradora de las participaciones sociales de la empresa Comercio de Herramental, S.L. (Cohertal, S.L.) (...) a doña María Rosa (...) para que pueda ejercitar tal administración hasta el 31 de diciembre de 2022. El nombramiento efectuado conllevará el ejercicio de las facultades propias del órgano de administración de la sociedad, así como el **derecho de voto** en las Juntas Generales de Socios, con las siguientes limitaciones: (...) Al cierre del ejercicio social, se procederá al reparto de dividendos en una cantidad no inferior al veinte por ciento del beneficio neto anual obtenido por la sociedad*>>.

3.º) La referida cláusula testamentaria fue impugnada por la heredera y la acción ejercitada fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia 52 de Barcelona (Sentencia de fecha 3 de julio de 2008) como por la Sección 17.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona (S. 14 Sep. 2009), que estimaron que se trataba de una cláusula válida. Esta última sentencia ha adquirido firmeza.

**TERCERO.** La cuestión que se plantea en el recurso es de carácter estrictamente jurídico y sobre ella se ha pronunciado recientemente esta Sala en dos ocasiones anteriores en sendos pleitos seguidos entre las mismas partes. En ambos casos se consideró que asistía la razón a la titular de las acciones, la Sra. Marina y que la limitación en el ejercicio de su **derecho de voto** no era oponible en el ámbito societario. La primera de esas resoluciones fue el Auto de fecha 16 de diciembre de 2009 (Rollo 290/09-2.<sup>a</sup>, dimanante del procedimiento de medidas cautelares núm. 385/2008 del Juzgado Mercantil núm. 5 de Barcelona). La segunda es la Sentencia de fecha 12 de julio de 2010 (Rollo 421/09 -2.<sup>a</sup>, dimanante de Juicio Ordinario 272/2008 del Juzgado Mercantil núm. 5 de Barcelona). En ambos casos, el argumento esencial determinante del signo de la decisión fue el mismo: << *que no cabe escindir los derechos políticos asociados a la titularidad de las participaciones sociales, salvo en los casos expresamente establecidos en la Ley, entre los que no se encuentran la constitución de una administración sobre las participaciones sociales, de manera que la administración constituida sobre las participaciones sociales no puede ser opuesta y eficaz en el ámbito societario* >>.



No obstante, la posición de la Sala respecto de dicha doctrina ha cambiado como consecuencia de la deliberación del presente caso, así como de la incorporación de un nuevo magistrado que no tuvo participación en la deliberación de los anteriores. Las razones que abonan ese cambio de postura son las siguientes:

1.<sup>a</sup> La incuestionable validez de la cláusula testamentaria en la que se estableció la administración que pesa sobre las participaciones sociales transmitidas a la Sra. Marina por su esposo por vía de testamento. El pronunciamiento dictado por la Sección 17.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial ha adquirido firmeza y alcanzado la condición o calidad de cosa juzgada, que veda toda posibilidad de entrar de nuevo a enjuiciar su posible validez, al menos desde la perspectiva de su eficacia frente a la heredera, titular de las participaciones sociales transmitidas, y la administradora designada.

2.<sup>a</sup> La consideración de que la constitución de una administración sobre las participaciones sociales con la atribución del **derecho de voto** al administrador no comporta realmente una disociación de los derechos políticos de la titularidad de esas participaciones sino exclusivamente la atribución de la legitimación para su ejercicio al administrador, que no actúa en nombre propio sino como un mero representante del titular de las propias participaciones, esto es, la propia Sra. Marina. Por consiguiente, la actuación del administrador debe estimarse realizada como la de cualquier otro representante, esto es, en nombre e interés ajeno y con los límites de toda representación.

3.<sup>a</sup>) Entre esos límites a la facultad de representación del administrador se encuentra la protección del interés social, de manera que serían cuestionables los actos de éste cuando pueda considerarse que atenten contra el mismo, cosa que no ocurre en el caso objeto de nuestra consideración, en el que la única razón de la impugnación reside en que se impidiera a la titular de las participaciones sociales sometidas a administración ejercer por sí misma el **derecho de voto**.

4.<sup>a</sup>) Que el hecho de que esa representación no sea revocable a voluntad del representado, atendido que su origen no está en su propia voluntad sino en la del transmitente, que la estableció como un límite voluntario a la facultad de goce sobre la cosa transmitida, no modifica el carácter de mero representante de la administradora, de forma similar a como ocurre en los supuestos de representación legal o bien en los de administración judicial.

**CUARTO.** En suma, el argumento central que nos ha llevado al cambio de criterio está en que no puede considerarse que exista propiamente una disociación del **derecho de voto** por la circunstancia de que la legitimación para su ejercicio se haya atribuido a la administradora de las participaciones, pues en realidad no se está cuestionando la titularidad de ese derecho sino exclusivamente quién está legitimado para su ejercicio, tal y como entendiera en un caso muy similar la Dirección General de los Registros y el Notariado (RDGRN 17 de marzo de 1986 -RJ 1986/1559).

Por otra parte, la validez de esa restricción no se puede contemplar desde la perspectiva del derecho societario de manera distinta a como lo ha sido en el pleito anterior en el que se cuestionó la validez de la disposición testamentaria, porque es obvio que allí lo que se cuestionó fue la validez de la estipulación desde la perspectiva de su adecuación a todo el derecho del Estado, lo que incluye al derecho societario. Por consiguiente, sería contrario a la cosa juzgada cuestionarla ahora con fundamentos que o se esgrimieron o bien se pudieron haber esgrimido en el proceso anterior. Y no puede olvidarse que a unos y otros alcanza la cosa juzgada ( art. 400 LEC ).

**QUINTO.** Por otra parte, que la legitimación para el ejercicio del **derecho de voto** la ostente alguien distinto al titular de las participaciones, aunque no sea una situación corriente, tampoco es insólita. No son sólo los diversos supuestos de representación, tanto legal como voluntaria, aquellos en los que se produce un cambio en la legitimación, sino que también se puede producir en el caso de administración judicial sobre acciones, cuando el juez explícitamente lo acuerde como una medida adicional de garantía de la propia traba. El art. 630 LEC reconoce la posibilidad de que embargadas las acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social pueda acordarse la administración judicial de la empresa, como medida de garantía de la traba, de donde también se ha deducido la posibilidad de que la administración judicial pueda recaer sobre las propias acciones, con la posibilidad de que se faculte expresamente por parte del juez al administrador para que ejercite el **derecho de voto**, cuando mantenerlo en manos del titular de la acción pueda comportar un riesgo para el valor de las acciones. Lo que no resulta incompatible con la idea de que, en el caso de no hacerse esas especiales atribuciones al administrador, es el titular de las acciones quien conserva el **derecho de voto**, conforme a lo que resulta del art. 73 TRLSA.

**SEXTO.** Tampoco puede desconocerse que la doctrina científica admite que el administrador judicial de las acciones pueda impugnar los acuerdos sociales que pueda considerar lesivos para la sociedad, y por lo tanto también para el valor de las acciones. Y no existe ninguna razón de peso que pueda impedir que también esa legitimación le pueda ser reconocida a una administradora como la Sra. María Rosa, designada en



la estipulación testamentaria en la que se transmitieron las acciones a la Sra. Marina . Y supondría un contrasentido reconocerle legitimación para la impugnación, o para mantener su validez, como se ha hecho en el presente proceso y en los anteriores, en los que nada se ha objetado a su intervención, y negársela para emitir el **derecho de voto**.

**SÉPTIMO.** Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

Tampoco procede hacer imposición de las costas del recurso, al considerar que el caso presenta serias dudas de derecho, dudas que resultan del propio hecho de que este Tribunal ha mantenido sobre la cuestión debatida dos posiciones contradictorias en un corto espacio de tiempo.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> María Rosa contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 14 de julio de 2009 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca íntegramente y en su lugar se dicta otra desestimando íntegramente la demanda, sin hacer imposición ni de las costas de la instancia ni de las del recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.