



Roj: **SAP PO 1986/2016 - ECLI: ES:APPO:2016:1986**

Id Cendoj: **36038370012016100464**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2016**

Nº de Recurso: **553/2016**

Nº de Resolución: **434/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00434/2016

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

N.I.G. 36038 47 1 2015 0000499

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000553 /2016

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: ORDINARIO IMPUGN. ACUERDOS SOCIALES-249.1.3 0000317 /2015

Recurrente: HOTEL COLON TUY SL

Procurador: ANTONIO FERNANDEZ GARCIA

Abogado: JESICA VENTIN RODRIGUEZ

Recurrido: Marco Antonio , Teresa

Procurador: MARIA BELEN ALVAREZ SANCHEZ, MARIA BELEN ALVAREZ SANCHEZ

Abogado: Caridad , Caridad

APELACIÓN CIVIL

Rollo: 553/16

Asunto: Juicio Ordinario

Número: 317/15

Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra

Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENITEZ



LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, CONSTITUIDA POR LOS MAGISTRADOS EXPRESADOS CON ANTERIORIDAD,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NÚM.434

En Pontevedra, treinta septiembre dos mil dieciséis.

Visto el rollo de apelación núm. 553/16, seguido en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia pronunciada en los autos de juicio ordinario seguidos con el núm. 317/15 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, siendo apelante la demandada "**HOTEL COLON TUY, S.L.**", representada por el procurador Sr. Fernández García y asistida por la letrada Sra. Ventín Rodríguez, y apelados los demandantes **D. Marco Antonio y DÑA. Teresa** , representados por la procuradora Sra. Álvarez Sánchez y asistida por la letrada Sra. Caridad . Es ponente el magistrado **D. MANUEL ALMENAR BELENGUER.**

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y, además

PRIMERO .- Con fecha 11 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de lo Mercantil de Pontevedra pronunció en los autos originales de juicio ordinario de los que a su vez dimana el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

" Que debo estimar como estimo la demanda interpuesta por la PROCURADORA SRA. ALVAREZ SÁNCHEZ en nombre y representación de D. Marco Antonio y DÑA. Teresa , frente a la entidad HOTEL COLÓN TUY S.L. con los pronunciamientos ss:

1.- Declaro que D. Marco Antonio ostenta la representación frente a la demandada de 23.584 participaciones sociales señaladas con los números 12.157 a 24.312 y con los números 32.157 a 40.000 que posee en copropiedad con DÑA. Teresa y D. Iván hasta que la situación de condominio se extinga.

2.- Declaro la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados en las Juntas Generales de la sociedad demandada celebradas el día 8 de Junio de 2015 y 11 de Noviembre de 2015 por infracción de los derechos de asistencia y voto, así como la nulidad de los que posteriormente traigan causa de aquellos."

SEGUNDO .- Dicha sentencia fue rectificada por auto de fecha 17 de marzo de 2016, en el sentido de incluir en el fallo el siguiente párrafo:

" Con condena en costas a la demandada Hotel Colón Tuy, S.L ."

TERCERO .- Notificada la referida resolución a las partes, por la representación de la demandada se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 15 de abril de 2016 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que se tenga por interpuesto, en tiempo y forma, recurso de apelación, y, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se revoque la dictada en primera instancia y se deje sin efecto la anulación de los acuerdos sociales de fechas 8 de junio y 15 de noviembre de 2015 y todos los efectos derivados de la misma, con expresa imposición de las costas de esta alzada a los recurridos.

CUARTO .- Admitido a trámite, se dio traslado del recurso a la parte demandante, que se opuso al mismo en virtud de escrito de 5 de mayo de 2016 y por el que interesó que se dicte resolución mediante la que se confirme en su integridad la sentencia objeto de recurso, con imposición de costas a la parte apelante, tras lo cual con fecha 28 de junio de 2016 se elevaron los autos a esta Audiencia para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo y se designó Ponente al magistrado Sr. MANUEL ALMENAR BELENGUER, que expresa el parecer de la Sala.

QUINTO .- En la sustanciación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales que lo regulan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión debatida en el procedimiento.

Son antecedentes fácticos de interés para la resolución del recurso de apelación los siguientes:



1º D. Torcuato falleció en fecha 21 de agosto de 2001, bajo testamento autorizado por el notario Sr. Rodríguez Enriquez en fecha 18 de marzo de 1999, en estado de casado con Dña. Teresa , de cuyo matrimonio dejó dos hijos, D. Iván y D. Marco Antonio ; en el citado testamento legó a su esposa el usufructo vitalicio y universal de sus bienes e instituyó herederos por partes iguales a sus dos hijos (cfr. el expositivo primero de la escritura de adjudicación parcial de la herencia -folios 12 y ss.-).

2º Con fecha 5 de marzo de 2004, Dña. Teresa y sus hijos D. Iván y D. Marco Antonio otorgaron escritura de adjudicación parcial de la herencia de D. Torcuato , en la que, tras señalar que entre los bienes quedados al fallecimiento figuraban, con carácter ganancial, 20.000 participaciones sociales en la sociedad "Hotel Colón Tuy, S.L." (12.156 participaciones suscritas, la mitad a nombre del causante y la otra mitad a nombre de su esposa, en la propia escritura de constitución, y otras 7.844 participaciones, la mitad a nombre del causante y la otra mitad a nombre de su esposa, en escritura de ampliación de capital social de fecha 1 de julio de 1998), así como diversas fincas, aceptaron dicha herencia y procedieron a partir parcialmente la misma, adjudicando los bienes descritos (cfr. la citada escritura de adjudicación parcial):

- A D. Iván y D. Marco Antonio , una cuarta parte indivisa a cada uno, en nuda propiedad por herencia de su padre; y,

- A Dña. Teresa , una mitad indivisa en pleno dominio por su participación en gananciales y el usufructo vitalicio de la mitad adjudicada a sus hijos por herencia de su esposo.

3º En Junta General Universal celebrada en fecha 25 de septiembre de 2012 se acordó aumentar el capital social de "Hotel Colón Tuy, S.L." en 75.264 € de valor nominal y 25.159,68 € de prima de emisión (100.423,68 € en total), mediante la emisión de 7.168 participaciones, de forma que el capital social pasó a ser de 495.264,00 €, dividido en 47.168 participaciones, con un valor nominal de 10,50 € cada una; las nuevas participaciones fueron suscritas (acuerdo elevado a escritura pública de fecha 25 de octubre de 2012 -folios 24 y ss.-):

- D. Jorge , 1.792 participaciones, por un importe de 25.105,92 €;

- Dña. Lina , 1.792 participaciones, por un importe de 25.105,92 €;

- D. Iván y D. Marco Antonio , por partes iguales, en cuanto a la nuda propiedad de una mitad indivisa, y Dña. Teresa en cuanto al usufructo de dicha mitad indivisa y al pleno dominio de la mitad indivisa restante, 3.584 participaciones, por importe de 50.211,84 €.

4º Como resultado de la referida ampliación, la titularidad de las participaciones quedó del siguiente modo:

- D. Jorge es titular de 11.792 participaciones.

- Dña. Lina es titular de 11.792 participaciones.

- D. Iván y D. Marco Antonio , por partes iguales en cuanto a la nuda propiedad de una mitad indivisa, y Dña. Teresa en cuanto al usufructo de dicha mitad indivisa y al pleno dominio de la mitad indivisa restante, son titulares de 23.584 participaciones.

5º Con fecha 20 de mayo de 2015, D. Jorge , en su condición de administrador único de "Hotel Colón Tuy, S.L." convocó la Junta General Ordinaria de la referida entidad, a celebrar el 8 de junio de 2015, con el siguiente orden del día:

1.- *Examen y en su caso aprobación de las Cuentas Anuales (Balance, Cuenta de Pérdidas y ganancias y Memoria) correspondientes al ejercicio social cerrado a 3 de diciembre de 2014, así como la propuesta de aplicación de resultados.*

2.- *Ruegos y preguntas.*

3.- *Lectura y en su caso aprobación del acta de la reunión.*

6º En la fecha señalada, a presencia del notario Sr. Rodríguez Enriquez, quien levantó acta, comparecieron (cfr. el acta notarial -folios 49 y ss.):

- D. Jorge , socio y administrador único.

- Dña. Lina , socia.

- D. Iván , asistido de los letrados D. Fernando Gómez y Dña. Milagros Pintos.

- Dña. Caridad como letrada de los socios Dña. Teresa y D. Marco Antonio .

- D. Gumersindo como letrado de la sociedad.



7º Abierto el acto, se declaró válidamente constituida la Junta con la presencia de los socios D. Jorge (25%) y Dña. Lina (25%), mientras que, respecto del resto del capital social, al no acuerdo entre los copropietarios para la designación de una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, se les permitió estar presentes y representados en la junta pero sin voz ni voto, no admitiendo la intervención en la Junta de Dña. Caridad , para solicitar auditor y oponerse a la aprobación de las cuentas, al representar a dos de los tres copropietarios; en la mencionada Junta se aprobó por unanimidad del capital con voto (50%) tanto las cuentas anuales como la aplicación de resultados (cfr. el acta notarial -folios 49 y ss.).

8º Mediante acta notarial de 10 de junio de 2015, Dña. Teresa y D. Marco Antonio requirieron a D. Iván para que compareciera al objeto de nombrar un representante legal que ejerciera los derechos sociales relativos a la titularidad de las participaciones sociales de la entidad mercantil "Hotel Colón Tuy, S.L.", a lo que este último se opuso alegando que " *tengo solicitado a los requirentes que se proceda a la división de las participaciones sociales, cuestión que plantearé judicialmente a falta de colaboración por parte de los mismos* " (cfr. el acta notarial de requerimiento -folios 34 y ss.-).

9º En virtud de acta notarial de fecha 21 de julio de 2015, Dña. Teresa y D. Marco Antonio , alegando representar a la mayoría absoluta de la comunidad proindivisa de las participaciones sociales, designaron a este último como representante " *a los efectos de ejercitar los derechos sociales inherentes a la titularidad de dichas participaciones sociales* " (cfr. el acta notarial de designación de representante -folios 39 y ss.-).

10º A medio de requerimiento notarial de 15 de octubre de 2015, practicado el 20 del mismo mes, D. Marco Antonio , en nombre y representación de la comunidad proindivisa de las participaciones sociales formada por él y por su madre, requirió a D. Jorge para que, en su condición de administrador único de "Hotel Colón Tuy, S.L.", convocara junta general, con el siguiente orden del día (cfr. el acta notarial -folios 81 y ss.-):

1.- *Facilitar a los socios información relativa a todas las operaciones de crédito, préstamos y demás operaciones financieras, formalizadas por la suscrita sociedad con cualesquiera bancos o entidades de crédito desde el año 2004.*

2.- *Nombramiento de Auditor de cuentas para el examen y verificación contable de las cuentas anuales del ejercicio 2015.*

3.- *Cambio del sistema de administración social .*

11º Practicado el requerimiento, por el administrador único se convocó la junta general, con el orden del día propuesto, para el 18 de noviembre de 2015 (cfr. la contestación al requerimiento -folios 76 y ss.-).

12º Con fecha 10 de noviembre de 2015, D. Marco Antonio , actuando en nombre y representación de la comunidad proindivisa de las participaciones sociales formada por el compareciente, Dña. Teresa y D. Iván en la mercantil "Hotel Colón Tuy, S.L.", otorgó poder notarial a favor de la abogada Dña. Caridad , para (cfr. la escritura de poder -folios 86 y ss.-):

1.- *A efectos de lo dispuesto en el párrafo siguiente, en cuanto a la asistencia de las Juntas Generales de Socios de la entidad mercantil "Hotel Colón Tuy, S.L.", administrar el patrimonio que la parte poderdante tuviere en el territorio nacional de España, con ampliar facultades para representar en las Juntas de propietarios, Comunidades de Bienes y Juntas Generales de socios, con voz y voto, y ello a los efectos previstos en el art. 183 del Real Decreto 2/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 49 de la Ley 2/1005, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada .*

2.- *Le faculta para que pueda representar a la poderdante en las Juntas Generales de socios de la entidad mercantil "Hotel Colón Tuy, S.L.", con voz y voto, aceptando, en su caso, los nombramientos como miembro del órgano de Administración, así como para ejercitar todos los derechos políticos de las participaciones de las que sea titular en el capital de dicha sociedad, incluido el derecho de información, así como para ejercitar todas las acciones derivadas incluidas la acción individual y la acción social de responsabilidad.*

3.- *Conferir poderes de representación procesal a cualesquiera Procuradores de los Tribunales y Letrados...*

13º En la fecha indicada, a presencia del notario Sr. Rodríguez Enriquez, quien levantó acta, comparecieron (cfr. el acta notarial -folios 96 y ss.):

- D. Jorge , socio, administrador único y representante de su esposa Dña. Lina .

- D. Iván , asistido de los letrados D. Fernando Gómez y Dña. Milagros Pintos.

- Dña. Caridad como representante en las Juntas a celebrar por la sociedad "Hotel Colón Tuy, S.L.", de conformidad con el poder otorgado por D. Marco Antonio .



14º Abierto el acto, se declaró válidamente constituida la Junta con la presencia del socio D. Jorge , por sí (25%) y en representación de Dña. Lina (25%), dándose cuenta de un escrito de D. Iván y en el que requería al presidente de la Junta general Extraordinaria para que " *no sea estimada ninguna representación que involucre la voluntad manifestada del que suscribe* ", argumentando que la situación de proindiviso de las participaciones sociales dimanaba de la negativa por parte de Dña. Teresa y D. Marco Antonio a practicar la división, asignando las participaciones sociales cada uno de los tres miembros, motivo por el que ante el Juzgado de primera Instancia núm. 2 de Tuy se seguía el procedimiento de división de cosa común nº 403/15 a fin de asignar a cada socio las participaciones sociales que en este momento le corresponden proindiviso (cfr. el acta notarial -folios 96 y ss.-).

15º Con base en el citado escrito, D. Jorge , como presidente de la Junta, no reconoció la representación alegada por Dña. Caridad , pasándose a examinar los puntos del orden del día, que fueron aprobados por unanimidad del único socio al que se reconoció el voto y que representaba el 50% del capital social. D. Jorge (cfr. la repetida acta notarial -folios 96 y ss.-).

16º En fecha 9 de diciembre de 2015 se presentó por D. Marco Antonio , en su propio nombre y en representación y beneficio de la comunidad en proindiviso formada con Dña. Teresa y D. Iván , y por la propia Dña. Teresa , demanda sobre **impugnación de acuerdos sociales**, por infracción de los derechos de asistencia y voto, en las Juntas de socios de fechas 8 de junio de 2015 y 11 (en realidad 18) de noviembre de 2015, contra la sociedad "Hotel Colón Tuy, S.L.", cuestionando la negativa a admitir la condición del primero como representante de la comunidad en proindiviso y de Dña. Caridad como representante del mismo en las referidas Juntas.

17º La sociedad demandada se opuso a la demanda alegando con carácter previo la excepción de falta de legitimación activa tanto "ad processum" de la procuradora interviniente por cuanto D. Marco Antonio no tenía reconocida ninguna facultad para nombrar representantes, procuradores, abogados o cualquier otro tipo de representación, como "ad causam" de Dña. Teresa en cuanto que representante de la comunidad sobre las participaciones, ya que no es ni ha sido nunca nombrada como representante de la misma. En cuanto al fondo, se afirma la regularidad de ambas Juntas, puesto que la negativa a permitir la intervención de D. Marco Antonio y de Dña. Caridad en la representación que invocaban en la Junta de 8 de junio obedecía al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 126 LSC, mientras que respecto de la Junta de 11 (18) de noviembre de 2015, para el otorgamiento del poder a Dña. Caridad , el poderdante D. Marco Antonio hizo valer la escritura de su designación como representante de la comunidad, en la que no existe tal facultad de otorgar poder a terceros, atribuyendo a la citada Dña. Caridad facultades propias de un poder general de las que el mismo poderdante carecía, con infracción tanto del art. 183 LSC como del art. 17 de los Estatutos sociales, que condicionan la representación a la existencia de un poder especial para cada Junta,

18º Centrado así el debate, la sentencia rechazado tanto la falta de legitimación "ad processum" como la falta de legitimación "ad causam" por considerar que " *a los demandantes se les niega legitimación para impugnar en calidad de socios los acuerdos societarios a los que se refieren en su demanda con el argumento de que los actores no representan a la sociedad para la impugnación de acuerdos cuando la demanda se basa precisamente en la nulidad de acuerdos sociales por infracción del derecho de asistencia y voto pese a tener la condición de socios accionistas de dicha sociedad, en representación de una comunidad hereditaria* ". Descartadas las excepciones alegadas, la sentencia analiza el art. 126 LSC, en relación con los arts. 392 y ss. del Código Civil , y estima la demanda por entender que en el supuesto enjuiciado " *existe el poder amplio de representación (incluido el derecho de información y conferir poderes de representación procesal) puntos 2 y 3 de la escritura a favor de la Letrada Sra. Caridad otorgado por Marco Antonio en fecha de 10 de Noviembre de 2015. La titularidad de las acciones permite al accionista disponer de los derechos inherentes a tal titularidad, y en concreto, permite la cesión del derecho de voto, articulada mediante el otorgamiento de representación que no es incompatible con que el representante deba emitir los votos con arreglo a las instrucciones del accionista al que representa, y que ello le sea exigible por el accionista que delegó en él el ejercicio del derecho de voto al otorgarle su representación. En la junta de 8 de junio de 2015 se dice expresamente que la Letrada Moreira <se le permite que esté presente pero sin voz ni voto> del mismo modo que en la celebrada el día 11 de Noviembre de 2015, ergo se infringieron sus derechos como representante conocido en la escritura de poder antes referida* " .

Disconforme con esta resolución, la sociedad demandada interpone recurso de apelación, reiterando por esta vía los motivos de oposición alegados al contestar a la demanda.

SEGUNDO.- La cotitularidad de participaciones sociales. El Art. 126 LSC.

El art. 126 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , trasunto de los antiguos arts. 66 de la Ley de Sociedades Anónimas y 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , establece que "[E]n caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola



persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones "

Como es sabido el principio de indivisibilidad de la acción o de la participación no impide al accionista o partícipe convertir a otra persona en cotitular de aquélla, constituyendo una comunidad respecto de la participación o participaciones, bien "romana" o por cuotas, bien "germánica o en mano común", de una comunidad de origen convencional o de una comunidad ex lege (como la sociedad de gananciales o la comunidad hereditaria - SSTS de 19 de abril de 1960 , 14 de mayo de 1973 , 11 de junio de 1982 , 12 de junio de 2015 o 29 de junio de 2016 -), de una comunidad originaria, nacida al mismo tiempo que la participación (suscripción conjunta o ganancial) o de una comunidad sobrevenida.

No obstante, la regla prevista en el art. 126 LSC no es tanto consecuencia o desarrollo del principio de indivisibilidad como expresión del denominado "*principio de unificación subjetiva de los derechos inherentes a la condición de accionista o partícipe*", otras de cuyas manifestaciones pueden encontrarse en la regulación del ejercicio de los derechos de socio en caso de usufructo o prenda de acciones (arts. 127 y 132 LSC) o en el rechazo de la posibilidad de que un accionista o partícipe se haga representar en la junta general por medio de dos o más representantes mancomunados o solidarios.

Este principio de unificación objetiva del ejercicio de los derechos de socio descansa en obvias exigencias prácticas de simplicidad y claridad en el ejercicio de tales derechos. La finalidad de la norma es la protección de la sociedad frente a las dificultades y perjuicios que, por aplicación de las reglas generales, podrían derivarse para ella de la existencia de una pluralidad de titulares de la propiedad o de otro derecho real sobre una participación. No se trata, pues, de regular las relaciones de los comuneros entre sí, sino, exclusivamente, las relaciones de los comuneros con la sociedad.

La proposición primera del art. 126 LSC persigue, por tanto, procurar en beneficio exclusivo de la sociedad, sencillez y claridad en el ejercicio de los derechos de socio. Baste pensar que, sin esta norma, los comuneros podrían, bien ejercitar, cada uno por su cuota, dichos derechos, cuando el ejercicio de los mismos fuera divisible, bien ejercitarlos todos ellos, por el todo, mancomunada o conjuntamente, bien ejercitarlos cualquiera de ellos, por el todo, en beneficio de la comunidad, de no mediar oposición de cualquiera de los demás al acto concreto de ejercicio, bien encomendar su ejercicio a una pluralidad de representantes comunes, ya mancomunados, ya solidarios, ya con distribución entre ellos del ejercicio de los distintos derechos de socio, o bien ejercitar en cada momento el derecho de socio de que se trate, mediante un representante común designado exclusivamente para el caso...

La norma permite así a la sociedad rechazar todas aquellas formas de ejercicio de tales derechos, sin perjuicio de que, en un caso concreto, el órgano social correspondiente pueda renunciar a la protección que el precepto le brinda y permitir una forma de actuación del derecho de socio de que se trate diferente de la de su ejercicio por un representante común.

Por otra parte, no es ocioso señalar que esta disposición se aplica tanto cuando varias personas aparezcan inscritas como cotitulares de las participaciones en el libro registro, aunque la cotitularidad no haya existido nunca o se haya extinguido. La sociedad no puede oponerse legítimamente al ejercicio de los derechos de socio por el representante común designado al efecto por quienes aparezcan inscritos como cotitulares de la participación, y quedará liberada por la prestación realizada a tal representante, aunque conozca y disponga de datos sobre la extinción de la comunidad.

Los cotitulares de las participaciones no tienen un deber jurídico frente a la sociedad de designar un representante común para el ejercicio de los derechos de socio: la sociedad no tiene derecho a exigir que tal designación se efectúe -y no puede imponerla por vía de acción-, sino que se trata de una carga de los comuneros, pues la sociedad puede negarse a admitir cualquier otra forma de hacer valer los derechos de socio distinta a su ejercicio por un único representante común.

Dicho representante común que ser en cualquier persona, física o jurídica, uno de los comuneros, un accionista o incluso uno que no sea socio, aunque los estatutos pueden imponer que el representante común sea un accionista. La ley se limita a indicar que ha de tratarse de "*una sola persona*".

La doctrina, con cita de las SSTS de 19 de abril de 1960 y 14 de mayo de 1973 , sostiene que, tratándose de una comunidad ordinaria, la designación del representante común se hará por acuerdo de la mayoría de los partícipes, de acuerdo con el art. 398.1 CC , entendida lógicamente como mayoría, no de personas sino de cuotas o intereses (art. 398.2 CC). Quizá con mayor precisión, la ResDGRN de 17 de marzo de 1986 señaló que "esta designación queda sujeta a las reglas de la comunidad respectiva, sin que haya razón para entender que la Ley de Sociedades Anónimas se interfiere, a estos efectos, en el régimen interno de tal comunidad, pues



normalmente serán los copropietarios los que, conforme al régimen de la copropiedad, harán la designación de la persona que ha de ejercitar los derechos sociales; pero las reglas ordinarias de la copropiedad deben dejar oasim tratándose de otros tipos de comunidad, a sus disposiciones especiales".

En otras palabras, las reglas del art. 398 CC serán aplicables tanto en el caso de la comunidad ordinaria, como de una comunidad hereditaria administrada por los propios coherederos (salvo que el testador haya dispuesto o los coherederos pactado un régimen de administración diferente - SSTS 11 de junio de 1982 y 29 de junio de 2016 -); si se trata de una comunidad ganancial, la designación del representante común, cuando sea precisa, requerirá el acuerdo de los cónyuges.

Cualquiera de los comuneros -también, en su caso, el titular de una cuota minoritaria- tiene un interés jurídicamente protegido en que el representante común sea designado, y podrá impetrar a tales efecto la tutela judicial (art. 398.3 CC).

En todo caso, la ley no exige una específica forma para la validez del negocio de apoderamiento del representante común. El art. 183 LSC, además de limitado a la representación en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada, es aplicable solo a la representación estrictamente voluntaria, conferida por un socio que podría ejercitar por sí mismo los derechos correspondientes (STS de 11 de junio de 1982). Ahora bien, la sociedad podrá exigir que el poder sea elevado a escritura pública, para admitir el ejercicio de los derechos de socio por el representante común (cfr. arts. 1.280.5 in fine y 1.279 CC).

Finalmente, cabe destacar que, según se desprende del art. 126 LSC, el contenido típico-legal del poder de representación del representante común está definido por estos tres requisitos: que se trate del ejercicio de un derecho de socio, es decir, de un derecho o facultad derivado de la condición de accionista (o de titular del derecho real en comunidad sobre participación social ajena); que se trate de un derecho a ejercitar frente a la sociedad; y que su ejercicio no precise la unanimidad de los comuneros a tenor de lo dispuesto en el art. 398 CC .

Cumplidos dichos requisitos, el poder del representante común no tolera limitaciones en el ejercicio de los derechos de socio, como por ejemplo que haya de recabar previamente instrucciones de los comuneros. En el ámbito de las relaciones internas, la actuación del representante común puede ser sometida por los comuneros a los condicionamientos que deseen, bien respecto del tipo de derechos o facultades ejercitables, bien respecto del modo de ejercitarlos. Pero la infracción de los mismos por aquél no provocará la ineficacia de la actuación representativa de que se trate, sino, en su caso, la responsabilidad contractual del representante frente a los poderdantes.

En suma, la sociedad podrá rechazar cualquier forma de ejercicio frente a ella de los derechos atribuidos por las participaciones en comunidad, distinta del ejercicio por aquellos por el representante común. El art. 126 LSC impide sostener que la sociedad haya de tolerar a los comuneros el ejercicio en nombre propio, ni siquiera por todos ellos conjuntamente, de los derechos de que se trate, incluso el derecho de información. Ante la negativa a ejercitar, en un caso concreto, uno de tales derechos por parte del representante designado por ellos, siempre podrán los comuneros sustituirlo por otro. No habiendo sido designado un representante común, la sociedad está legitimada para rechazar el ejercicio por los comuneros de los derechos de socio, con una excepción, y es que todos y cada uno de ellos estarán legitimados, por su condición de tales, para impugnar un acuerdo social nulo, puesto que lo está cualquier tercero que acredite interés legítimo (art. 206.1 LSC).

En esta misma línea, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado recuerda:

" En caso de copropiedad o, en general, en todos los supuestos de cotitularidad de derechos sobre acciones o participaciones, el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital establece la regla imperativa según la cual los cotitulares «habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición». La finalidad de esta norma es procurar, en favor de la sociedad, obtener claridad y sencillez en el ejercicio de los derechos de socio. En sentido técnico, la designación del representante común es una carga impuesta por la Ley a los cotitulares y funciona como requisito de legitimación para el ejercicio de los derechos corporativos incorporados a las acciones o participaciones que se tienen en cotitularidad. Dicha carga está establecida en interés exclusivo de la sociedad de tal manera que la propia sociedad puede, si le conviene y a su riesgo, reconocer como válido el ejercicio de un derecho corporativo por uno solo de los cotitulares en beneficio de todos ellos. Fuera de estos casos, la sociedad puede, en principio, resistir el ejercicio de derechos por persona distinta de la designada como representante único de los cotitulares. Resulta no obstante obvio señalar que la sociedad no puede oponerse al ejercicio de los derechos cuando éstos son consentidos por la unanimidad de los cotitulares: como resulta de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 marzo de 1995, 22 de marzo de 2000 y 23 de enero y 26 enero de 2009 en materia de nombramiento de auditores a petición de la minoría.



Sobre estas premisas, el ordenamiento atribuye a la mesa de la junta la formación de la lista de asistentes (artículos 191 y 192), para lo que debe emitir una opinión a la hora de apreciar la existencia de representación de socios u otras circunstancias similares. Esta Dirección General tiene declarado en una dilatadísima doctrina (por todas, Resolución de 29 de noviembre de 2012) que corresponde al presidente realizar la declaración sobre la válida constitución de la junta lo que implica que previamente ha adoptado una decisión cuando existe alegación de actuación representativa (artículo 102.1.3ª del Reglamento del Registro Mercantil). "

TERCERO.- Aplicación de las anteriores consideraciones al supuesto enjuiciado.

A la luz de la doctrina expuesta, la demanda debió ser estimada solo en cuanto a la impugnación de la segunda de las Juntas Generales.

En efecto, a la Junta General Ordinaria celebrada el 8 de junio de 2015 comparecieron, además de D. Jorge y Dña. Lina (titulares del 50% del capital social), el socio D. Iván y la abogada Dña. Caridad en representación de los socios Dña. Teresa y D. Marco Antonio (representación conferida en impreso facilitado por la propia sociedad).

De este modo, por la comunidad ordinaria sobre el 50% de las participaciones sociales comparecieron dos partes: el socio D. Iván , que era cotitular de la nuda propiedad de la mitad indivisa, y Dña. Caridad , que intervenía como en representación de los socios Dña. Teresa -titular de una mitad indivisa y usufructuaria de la mitad indivisa restante- y D. Marco Antonio -cotitular de la nuda propiedad de una mitad indivisa-.

Al no haber designado un representante común, es evidente que la sociedad estaba facultaba, según el art. 126 LSC, a rechazar la intervención de los mencionados, por lo que ningún reproche legal merece la decisión de permitirles que estuvieran presentes pero sin voz ni voto, en tanto que el ejercicio de los derechos de socio venía condicionado a la designación de un representante común que no existía.

Por el contrario, en la Junta General Extraordinaria celebrada el 18 de noviembre de 2015 ya existía tal representante, puesto que, convocados, a medio de requerimiento notarial, los tres partícipes de la comunidad romana para designar un representante común, se designó por mayoría a D. Marco Antonio (con el voto de la titular de una mitad indivisa de la comunidad y del titular del 50% de la nuda propiedad de la mitad indivisa restante), de acuerdo con el art. 398 párrafos 1º y 2º del Código Civil .

Dicho representante tenía la representación de la comunidad para ejercitar los derechos sociales inherentes a la titularidad de las participaciones sociales, no porque así se recogió en la escritura de nombramiento, sino porque así lo dispone el art. 126 LSC.

Y en esta condición, D. Marco Antonio confirió a su vez poder en escritura pública de 10 de noviembre de 2015 a Dña. Caridad para que pudiera " *representar a la poderdante en las Juntas Generales de socios de la entidad mercantil "Hotel Colón Tuy, S.L.", con voz y voto, aceptando, en su caso, los nombramientos como miembro del órgano de Administración, así como para ejercitar todos los derechos políticos de las participaciones de las que sea titular en el capital de dicha sociedad, incluido el derecho de información, así como para ejercitar todas las acciones derivadas incluidas la acción individual y la acción social de responsabilidad "*.

De ahí que, cuando Dña. Caridad compareció en la Junta General de 18 de noviembre de 2015 estuviera plenamente legitimada para intervenir en nombre y representación de la comunidad titular de las participaciones sociales que representaban el 50% del capital social, de manera que, al impedir su concurrencia a los efectos de poder participar activamente en la Junta y ejercitar su derecho a intervenir y a votar los acuerdos que integraban el orden del día, no cabe sino concluir que dicha Junta no fue correctamente constituida, al privarse ilícitamente de cualquier participación en la formación de la voluntad dela sociedad a través de su órgano soberano al socio titular del 50% del capital.

En cuanto a la falta de legitimación "ad processum", en relación con la supuesta ausencia entre las facultades del representante común de la comunidad de la capacidad para designar procurador, no merece mayor comentario desde el momento en que se configuraba como una actuación necesaria para la defensa de uno de los derechos sociales por excelencia, como es la participación del socio en la Junta General.

En conclusión, como declaran las SSTS de 21 de mayo de 1965 , 21 de mayo de 1970 , 23 de noviembre de 1970 , 31 de mayo de 1983 , 12 de julio de 1983 , 25 de mayo de 1984 y 18 de diciembre de 1987 , entre otras, la validez de los acuerdos sociales se encuentra condicionada al cumplimiento y observancia de cuantos requisitos afectan a la convocatoria y constitución de las Juntas en que se adopten, pues dicha validez ha de ser contemplada no sólo desde el punto de vista intrínseco, sino teniendo en cuenta también su posible ineficacia por motivos intrínsecos, de tal suerte que si los acuerdos se adoptan en Juntas convocadas en contradicción con la ley o con los estatutos, este defecto trasciende a los acuerdos adoptados en la Junta. Es



así que en la constitución de la Junta se incurrió en una manifiesta infracción del art. 126 LSC, luego procede confirmar la nulidad de la misma y de los acuerdos en ella adoptados.

CUARTO.- Costas procesales.

La estimación parcial del recurso comporta que no se haga pronunciamiento de condena sobre las costas de esta alzada (art. 398 LEC), dejando sin efecto la condena impuesta en primera instancia (art. 394 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de General y pertinente aplicación,

LA SALA

FALLA

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la sociedad "Hotel Colón Tuy, S.L.", representada por el procurador Sr. Fernández García, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de limitar la declaración de nulidad a la Junta general Extraordinaria celebrada el 18 de ~~no~~ viembre de 2015 y a los acuerdos en ella adoptados, ordenando la cancelación de las inscripciones que hubieran podido acordarse y de todos los asientos registrales posteriores a dicha inscripción que traigan causa de las mismas.

Cada parte deberá abonar las costas causadas por su intervención en ambas instancias.

Así por esta sentencia, juzgando definitivamente en la instancia, lo pronuncia, manda y firma la Sala constituida por los Magistrados expuestos al margen.