



Roj: **STS 3048/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3048**

Id Cendoj: **28079110012015100379**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2015**

Nº de Recurso: **1686/2013**

Nº de Resolución: **256/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 8556/2013,**
STS 3048/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por el procurador D. Roberto Sastre Moyano en nombre y representación de D. Juan Manuel , D. Marco Antonio , D. Alfredo , D^a Brigida y D^a Coral , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del Procedimiento Ordinario 682/2010, que a nombre de D. Belarmino , se siguen ante el Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Madrid.

Es parte recurrida D. Belarmino , representado por el procurador D. Alfonso de Murga y Florido.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador D. Alfonso de Murga y Florido en nombre y representación de D. Belarmino , formuló demanda de procedimiento ordinario contra D. Juan Manuel , D. Marco Antonio , D. Alfredo , D^a Brigida y D^a Coral , en la que suplicaba lo siguiente: " [...] dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se hagan los pronunciamientos siguientes:

a. Declarar que el demandante, D. Belarmino , ostenta un derecho de usufructo, con carácter vitalicio, sobre 146.034 (sic) acciones de la mercantil El Enebro S.A. propiedad de sus hijos D. Juan Manuel , D. Marco Antonio , D. Alfredo , D^a Brigida y D^a Coral , enumeradas e identificadas en los Documentos números 19 y 22 de esta demanda, y que son concretamente los siguientes:

- De D. Juan Manuel , 20.862 acciones, numeradas de la 62.590 a la 83.451, ambas inclusive.
- De D. Marco Antonio , 20.862 acciones, numeradas de la 146.45 a la 1266.906, ambas inclusive.
- De D. Alfredo , 20.862 acciones, numeradas de la 187.771 a la 208.632, ambas inclusive.
- De D^a Brigida , 20.862 acciones, numeradas de la 229.498 a la 250.359, ambas inclusive.
- Y de D^a Coral , 20.862 acciones, numeradas de la 271.225 a la 292.086, ambas inclusive.

b. Declarar la obligación de los codemandados de conferir a D. Belarmino , cada uno de ellos, poder con carácter irrevocable para ejercer en su nombre los derechos políticos correspondientes a las acciones a que se refiere el pronunciamiento a) anterior de que cada uno de ellos es nudo propietario, pudiendo en su virtud, en nombre del respectivo poderdante, asistir y votar en las Juntas Generales, Ordinarias o Extraordinarias, de El Enebro, S.A.,



así como pedir su convocatoria, impugnar los acuerdos sociales y ejercer el derecho de información, de acuerdo con lo previsto en los apartados c) y d) del artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas, con expresa mención en las correspondientes escrituras de apoderamiento de las siguientes circunstancias:

- Primera.- Que, dado el carácter de representación familiar que según el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas tienen dichos apoderamientos, los mismos no están afectados por las limitaciones que dicho precepto legal en este supuesto excluye.

- Segunda.- Que no será obstáculo para el ejercicio por el apoderado de las facultades a él delegadas, la presencia o concurrencia en el mismo acto de los poderdantes.

c. Condenar a los codemandados a estar y pasar por los pronunciamientos a) y b) anteriores.

d. Condenar a los codemandados a otorgar cada uno de ellos irrevocablemente a favor de D. Belarmino los poderes previstos en el pronunciamiento b) anterior, de conformidad con todos y cada uno de los términos señalados en el mismo, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo en el plazo de los veinte días siguientes a la fecha de la sentencia, o de no incluir todas las menciones anteriormente señaladas, se procederá judicialmente a tener por otorgados los mismos, dictando al efecto las resoluciones y medidas que sean procedentes.

e. Condenar a los codemandados al pago de las costas procesales."

2. El procurador D. Roberto Sastre Moyano en nombre y representación de D. Juan Manuel, presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dicte, en su día, previos los trámites legales oportunos, sentencia que desestime íntegramente las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, con expresa condena al pago de las costas de este proceso a la parte demandante".

El procurador D. Roberto Sastre Moyano en nombre y representación de D. Marco Antonio, presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dicte, en su día, previos los trámites legales oportunos, sentencia que desestime íntegramente las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, con expresa condena al pago de las costas de este proceso a la parte demandante".

El procurador D. Roberto Sastre Moyano en nombre y representación de D^a. Brigida, presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dicte, en su día, previos los trámites legales oportunos, sentencia que desestime íntegramente las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, con expresa condena al pago de las costas de este proceso a la parte demandante".

Y, el procurador D. Roberto Sastre Moyano en nombre y representación de D. Alfredo y D^a Coral, presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dicte, en su día, previos los trámites legales oportunos, sentencia que desestime íntegramente las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, con expresa condena al pago de las costas de este proceso a la parte demandante".

3. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 53 de Madrid, Procedimiento Ordinario 682/10, dictó Sentencia de fecha 24 de junio de 2011, con la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda promovida por el procurador D. Alfonso de Murga y Florido en nombre y representación de D. Belarmino contra D. Juan Manuel, D. Marco Antonio, D. Alfredo, D^a Brigida y D^a Coral, representados por el procurador D. Roberto Sastre Moyano,

- debo declarar y declaro que el actor D. Belarmino ostenta un derecho de usufructo de carácter vitalicio sobre 104.310 acciones de la Sociedad El Enebro numeradas e identificadas concretamente como:

- 20.862 acciones numeradas de la 62.590 a 83.451 ambas inclusive cuya nuda propiedad corresponde a D. Juan Manuel .

- 20.862 acciones numeradas de la 146.045 a la 166.906, ambas inclusive cuya nuda propiedad corresponde a D. Marco Antonio .

- 20.862 acciones numeradas de la 187.771 a 208.632 ambas inclusive cuya nuda propiedad corresponde a D. Alfredo .

- 20.862 acciones numeradas de la 229.498 a 250.359 ambas inclusive cuya nuda propiedad corresponde a D^a Brigida .

-20.862 acciones numeradas de la 271.225 a 292.086 ambas inclusive cuya nuda propiedad corresponde a D^a Coral .

- Debo declarar y declaro la obligación de los demandados de conferir al actor, cada uno de ellos, poder irrevocable para ejercer los derechos políticos que corresponden a dichas acciones con expresa mención de que,



-dado el carácter de representación familiar que según el art. 108 LSA tienen dichos apoderamientos los mismos no están afectados por las limitaciones que dicho precepto legal en este supuesto excluye.

Y que

- no será obstáculo para el ejercicio de los derechos contenidos en la representación la presencia o concurrencia en el mismo acto del poderdante/s

-condenado a los demandados a estar y pasar por estos pronunciamientos y a otorgar irrevocablemente a favor del actor los poderes mencionados con los pronunciamientos especiales mencionados bajo apercibimiento de que de no proceder a su otorgamiento de forma voluntaria se suplirá acudiendo al mecanismo de suplir su declaración de voluntad.

- Se impone el pago de costas procesales causadas a la parte demandada, estimada que ha sido la demanda."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Juan Manuel , D. Marco Antonio , D^a Brigida , D^a Coral y D. Alfredo . La representación de D. Belarmino se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó Sentencia el 22 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva decía:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Juan Manuel , D. Marco Antonio , D. Alfredo , D^a Brigida y D^a Coral frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Madrid, de fecha 24 de junio de 2011 , dictada en el juicio ordinario 682/2010, sentencia que confirmamos en todos sus pronunciamientos, condenando a los apelantes al pago de las costas procesales ocasionadas por su impugnación en esta instancia."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

5. La representación de D. Juan Manuel , D. Marco Antonio , D. Alfredo , D^a Brigida y D^a Coral , interpuso los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

" RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL :

PRIMERO.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC por infracción de norma reguladora de la sentencia en materia de carga de la prueba, a saber, el art. 217.3 y 7 LEC .

PRIMERO BIS.- SUBSIDIARIAMENTE, al amparo del art. 469.4.4º LEC , por vulneración del derecho a la tutela judicial efecto ex art. 24.1 CE , por valoración de la prueba manifiestamente arbitraria e irrazonable en materia de usufructo y su prescripción extintiva.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido ex art. 24.1 CE , por valoración de la prueba manifiestamente arbitraria e irrazonable en materia de usufructo y su prescripción extintiva.

RECURSO DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Al amparo de los arts. 477.1 , 477.2.3 º y 477.3 LEC , en la modalidad de infracción de la doctrina jurisprudencial, la falta de aplicación, al presente caso del art. 187 LSC, para interpretar el art. 108 LSA , que infringe la doctrina jurisprudencial de Tribunal Supremo que impone la aplicación retroactiva de las normas aclaratorias o interpretativas: el interés casacional en la resolución de este motivo resulta de la oposición de la sentencia de 22 de mayo de 2013 a dicha jurisprudencia del Alto Tribunal.

SEGUNDO.- Al amparo de los arts. 477.1 , 477.2.3 º y 477.3 LEC , en la modalidad de aplicación de normas que lleven más de cinco años en vigor, la sentencia impugnada infringe el art. 187 LSC, que no exceptiona la aplicación del art. 185 LSC sobre la esencial revocabilidad de la representación en los casos en que ésta se da entre ascendientes y descendientes: el interés casacional en la resolución de este motivo resulta de la necesaria aplicación de una norma de vigencia inferior a cinco años, como es la LSC. *Infracción del art. 187 LSC por la sentencia recurrida por no haber aplicado retroactivamente como norma interpretativa la del art. 108 LSA . Inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que haya interpretado el art. 187 LSC en relación con el art. 185 LSC o el art. 108 LSA en relación con el art. 106.3 LSA .*

TERCERO.- Al amparo de los arts. 477.1 , 477.2.3 º y 477.3 LEC , en la modalidad de infracción de la doctrina jurisprudencial, la sentencia infringe el art. 1962.1º CC al resolver sobre el usufructo de las acciones y su prescripción extintiva y reviste de interés casacional por su oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha norma, conforme a la cual la usucapción de un bien mueble determina la prescripción



extintiva de las acciones reales sobre ese bien que pudieran corresponder a su anterior titular, sin necesidad de que haya transcurrido un plazo de seis años desde que éste perdió la posesión."

6. Por Diligencia de ordenación de 10 de julio de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y el de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente el procurador D. Roberto Sastre Moyano en nombre y representación de D. Juan Manuel , D. Marco Antonio , D. Alfredo , Dª Brigida y Dª Coral . Y, como recurrido, el procurador D. Alfonso de Murga Florido en nombre y representación de D. Belarmino .

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 11 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación, interpuestos por la representación procesal de D. Juan Manuel , D. Marco Antonio , D. Alfredo , Dª Brigida y Dª Coral , contra la sentencia dictada con fecha 22 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), en el rollo de apelación nº 806/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 682/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Madrid.

2º) Y entréguese copias de los escritos de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría."

9. La representación del recurrido D. Belarmino presentó escrito oponiéndose a los recursos interpuestos de contrario.

10.- Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 2 de marzo de 2015, para votación y fallo el día 22 de abril de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Sebastian Sastre Papiol**, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Para la comprensión y resolución del presente recurso es necesaria la exposición de los siguientes antecedentes acreditados en la instancia.

1. Los hechos relevantes por orden cronológico son los siguientes:

1. La entidad El Enebro, S.A. (en adelante El Enebro) fue constituida el 16 de febrero de 1976 por el demandante, D. Belarmino (en adelante Sr. Belarmino), y su esposa, Dª Lucía (en adelante Sra. Lucía).

2. El 14 de julio de 1986, falleció Dª Lucía , madre de los apelantes y cónyuge del apelado. En su testamento, nombró herederos a sus siete hijos, por iguales partes, dejando a su cónyuge la cuota viudal usufructuaria.

3. El 7 de abril de 1987, el actor, ante el Notario D. Belarmino , otorgó en su propio nombre y en representación de sus siete hijos, escritura de protocolización de operaciones particionales de la herencia de la Sra. Lucía , en las que el propio Sr. Belarmino renunció a la cuota viudal usufructuaria.

4. El 26 de junio de 1987, los siete hermanos, otorgaron escritura pública, por la que modificaron la adjudicación de bienes de la herencia de su madre, establecida en la anterior escritura de 7 de abril de 1987 con relación a las 670.000 acciones de El Enebro. En ella acordaron nueva distribución de las acciones atendiendo a criterios de igualdad entre los hermanos. Así, se redistribuyen las acciones, atribuyendo individualmente 95.714 acciones a D. Aquilino , Dª Teodora , D. Alfredo , Dª Brigida y Dª Coral y 95.715 acciones a D. Juan Manuel y a D. Marco Antonio .

5. El mismo día 26 de junio de 1987, y ante el mismo Notario, los siete hermanos junto con el padre otorgan escritura pública de constitución de usufructo vitalicio y convienen lo siguiente: "1º: Constituyen a título gratuito un derecho de usufructo vitalicio, a favor de su padre D. Belarmino , que lo acepta, sobre un paquete de 365.001 acciones, al portador, de la Sociedad Mercantil Anónima "El Enebro, S.A.", paquete este formado por la reunión de siete lotes de 52.143 acciones cada uno de ellos, pertenecientes dichos lotes a cada uno de los citados Sres. D. Aquilino , D. Juan Manuel , Dª Teodora , D. Marco Antonio , D. Alfredo , Dª Brigida y Dª Coral ". Asimismo acordaron:

>> "3º: D. Belarmino manifiesta que le ha sido transmitida la posesión material de los títulos sobre los cuales se constituye el derecho de usufructo de referencia, con lo cual se da por cumplido el requisito de la tradición.



>> [...] 5º: Todos los constituyentes Sres. Brigida Marco Antonio Aquilino Alfredo Teodora Coral Juan Manuel , ceden irrevocablemente a su Sr. padre, D. Belarmino , la representación de los derechos políticos que corresponden a las acciones sobre las que se constituye el presente derecho de usufructo, obligándose en cada caso a instrumentar los correspondientes apoderamientos a favor del usufructuario.

>> 6º: El presente derecho de usufructo se extenderá también a todas las acciones que como consecuencia del derecho de adquisición preferente sobre los lotes de referencia puedan corresponder a todos los constituyentes Sres. Brigida Marco Antonio Aquilino Alfredo Teodora Coral Juan Manuel >>".

6. El 26 de junio de 1990, el padre, como representante de la sociedad, otorgó escritura de escisión parcial, sin disolución, y constitución de sociedad anónima denominada "Alquiriz, S.A." Por acuerdo social, se segregó parte del patrimonio de El Enebro a la sociedad de nueva constitución y se redujo el capital social de El Enebro, a 309.588.000 pesetas representado por acciones al portador de 1.000 pesetas de valor nominal cada una, numeradas correlativamente de la 1 a la 309.588. Como consecuencia de ello, los títulos antiguos de El Enebro, se cancelaron y se sustituyeron por otros nuevos que fueron redistribuidos entre los siete hermanos y otra sociedad familiar (Financiera de Servicios Generales -Fiseg-).

7. El 19 de junio de 1992, el Secretario del Consejo de Administración de El Enebro otorgó escritura de modificación estatutaria, aceptación de dimisión y nombramiento de órgano de administración, por la que se modifican los estatutos de El Enebro, para adaptarlos a la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989. Las acciones de la sociedad pasan de ser al portador a ser nominativas y se incluyen restricciones a su libre transmisibilidad.

8. El 29 de junio de 1993, se procedió a la liquidación de la financiera de Servicios Generales -Fiseg- por escritura otorgada ante el Notario de Madrid, D. José Manuel Rodríguez Poyo Guerrero, con protocolo 1.752, procediéndose al reparto de su activo - acciones de El Enebro - entre el padre, Sr. Belarmino , y sus siete hijos.

9. El 30 de diciembre de 1993, se celebró Junta General Extraordinaria de El Enebro, en la que el padre y los siete hijos acordaron, por unanimidad, subsanar los errores cometidos en una Junta celebrada el 28 de diciembre de 1989 referentes a la escisión de El Enebro, y constitución de Alquiriz, y rectificar los acuerdos y documentos públicos de 28 de diciembre de 1989 y 20 de junio de 1990 consistiendo dicha rectificación en adaptarlos al contenido de la escritura de 26 de junio de 1987, acordando fijar nuevo reparto igualitario entre los siete hermanos de las acciones de El Enebro, de Alquiriz, S.A. y de reservas libres de tributación.

10. El 18 de abril de 1997, el padre y los siete hijos otorgaron escritura de rectificación y subsanación de errores, rectificando la escritura de protocolización de operaciones particionales de 7 de abril de 1987, la que expresaron haberla traspapelado y estar olvidada, para efectuar nuevo reparto igualitario conforme a la escritura de 26 de junio de 1987.

En la cláusula 3ª convienen que "con la presente escritura han quedado consumados los efectos jurídicos sustantivos y formales derivados de lo antes establecido y se anotará, en su caso en los Libros de accionistas correspondientes, la subsanación y corrección de errores padecida y ahora enmendada, con el consiguiente canje de títulos según resulta de los documentos a que se refiere la presente escritura".

11. El 4 de noviembre de 2002, el padre y los hijos, a excepción de D. Alfredo , otorgaron escritura de donación pura y simple al padre de un bloque de 6.405 acciones de El Enebro.

12. Finalmente, el 16 de marzo de 2006, el padre y los siete hijos otorgaron un "Protocolo Familiar" para establecer las reglas de contenido moral y jurídico a las que desean someter, a partir de entonces, las relaciones entre ellos como copartícipes de las empresas familiares que constituyen el patrimonio familiar común.

Entre otras cuestiones, en el art. 3 del Protocolo acuerdan lo siguiente: "Quedarán así sujetas al presente protocolo, durante la vigencia del mismo las acciones y/o participaciones sociales de las empresas más arriba referenciadas que a los comparecientes les pertenezcan en la actualidad o les puedan pertenecer en el futuro, por cualquier título [...] Los Sres. Brigida Marco Antonio Aquilino Alfredo Teodora Coral Juan Manuel - en adelante los miembros de la segunda generación- reconocen a favor del fundador, para el caso de que los quisiera hacer valer, los derechos económicos y políticos derivados de la escritura pública otorgada con fecha 26 de junio de 1987 ante el Notario de Bilbao D. José Mª Arriola Arana nº 4714 de Protocolo, documento éste, posteriormente objeto de rectificación y subsanación de errores por escritura otorgada ante el Notario de Madrid D. José Manuel Rodríguez Poyo Guerrero en 18 de abril de 1997 nº 4.053 de su Protocolo" .

2. Expuesto cuanto antecede el Sr. Belarmino , padre de los cinco hijos demandados, interpuso demanda de juicio ordinario, solicitando el reconocimiento del usufructo vitalicio sobre determinadas acciones de la compañía El Enebro, en los que los demandados detentaban su nuda propiedad. Solicitó también que se declarara la obligación de otorgar los demandados poder irrevocable a favor de su padre para que pueda ejercer



los derechos políticos sobre las mismas, sin aplicación de las limitaciones que establecía el art. 108 de la Ley (obligación de conferir poder especial para cada Junta) por tratarse de una representación familiar.

3. Los demandados contestaron en escritos separados (salvo D. Alfredo y D^a Coral), pero bajo la misma representación y dirección letrada, con argumentación prácticamente idéntica, oponiéndose a la demanda alegando: 1º) la defectuosa constitución del derecho real de usufructo; 2º) que el usufructo otorgara derechos políticos; 3º) su extinción (del usufructo) por indeterminación del objeto (ex art. 513.5 CC) y, en todo caso, 4º) que el ejercicio de los derechos de usufructo y de representación que se postulan en la demanda es manifiestamente abusivo, extemporáneo y desleal.

4. La demanda fue estimada en su integridad por el Juzgado de Primera Instancia. Señaló el Tribunal que los otorgantes del Protocolo Familiar de fecha 16 de marzo de 2006, en su punto 7.9, reconocieron que el derecho de usufructo no se realizó caprichosamente sino en virtud de estrictas razones de equidad; que tras las operaciones particionales de la herencia de la Sra. Lucía y las operaciones societarias, la mitad del patrimonio familiar entonces existente se asignó al cónyuge viudo en pago de su haber ganancial y el resto, como herencia de su madre, en iguales partes a sus 7 hijos. Seguidamente el Tribunal entró a considerar la validez y eficacia del usufructo de acciones, su vigencia y procedencia del mismo, pese a que en los últimos veintidós años no fuera ejercitado por su titular, porque entendió que durante este tiempo los acuerdos se tomaron por unanimidad. En cuanto a que la falta de determinación de las acciones sujetas al derecho real de usufructo, que según la parte demandada afecta no solo al objeto del usufructo, sino a la existencia misma del derecho real, entendió que *"el derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia; la sustancia se entiende como sinónimo de identidad de la cosa y la forma como delimitación del derecho de usufructo de tal modo que la extinción por pérdida no conlleva la alteración en la numeración o número de títulos, sino que el objeto es la acción como parte alícuota en ese capital del que forma parte"*.

5. Recurrida la anterior sentencia por los demandados, la Audiencia Provincial de Madrid, desestimó el recurso de apelación, confirmó la sentencia de primera instancia e impuso las costas a los recurrentes.

Desestimó los motivos por infracción procesal pues *"bajo el paraguas de que en las infracciones denunciadas sólo subyace el desacuerdo de los impugnantes con la valoración de la prueba o con el alcance jurídico que concede la sentencia a los hechos que sustentan la decisión"*.

En cuanto a las infracciones de tipo sustantivo, referida la primera a la pérdida total de la cosa objeto del usufructo alegado, por falta de identificación de las acciones, señaló que *"la indeterminación sobrevenida del objeto por el hecho de que las acciones puedan haber cambiado de denominación o de número no permite obviar que las nuevas acciones de un modo u otro provienen y sustituyen a las acciones usufructuadas"*. En cuanto a la falta de ejercicio del derecho durante veintidós años, en relación con la prescripción adquisitiva y extintiva, concluyó que, en una valoración conjunta de la prueba, la alegación parte de una visión selectiva e interesada de la situación. La prescripción debe ser indudablemente probada por quien la opone y no consta que *"hasta los nueve meses previos a la presentación de la demanda hubiera algún acto expreso y concluyente de negación del derecho del padre"*. El Tribunal consideró que durante veintidós años, bien podrían haberle comunicado que a partir de una determinada fecha consideraban prescrito su derecho, haciéndolo constar así en las juntas de accionistas; por el contrario, por distintas vías, entre los años 2005 a 2009, las donaciones efectuadas a su favor suponen el reconocimiento y ejercicio de los derechos que le corresponde, y no tienen otra causa ajena al usufructo. Por último, hizo referencia al Protocolo Familiar, señalando que *"supone el reconocimiento expreso por parte de los apelantes y por sus otros dos hermanos, D. Aquilino y D^a Teodora, de la subsistencia y continuidad de los derechos económicos y políticos derivados de la escritura pública otorgada con fecha 26 de junio de 1987, derechos éstos que no son otros que el usufructo vitalicio sobre un paquete de acciones de El Enebro, S.A. representativo de la mitad del capital social y la cesión irrevocable al usufructuario de la representación de los derechos políticos correspondientes a las acciones usufructuadas. En el Protocolo Familiar las partes ratificaron tras veinte años el derecho conferido al fundador, es decir de su padre, a seguir percibiendo la mitad de los beneficios de la sociedad, así como el derecho de voto en la misma proporción, según se extrae de los arts. 7.9 y 13. Este reconocimiento explícito por los apelantes del derecho de usufructo entra en contradicción con la posición que mantienen en este pleito, lo que contraviene la doctrina de los actos propios - venire contra factum proprium non valet-, principio general del derecho que obliga a rechazar aquellas pretensiones inconsecuentes con los propios actos, lo que no es sino derivación del principio general de la buena fe y particularmente, de la exigencia de observar en el tráfico jurídico un comportamiento coherente"*.

6. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, los demandados interponen recurso de casación y extraordinario de infracción procesal. De acuerdo con la Disposición Adicional 16ª, 6ª LEC, debe resolverse en primer lugar el recurso de infracción procesal.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

**SEGUNDO.- Formulación de los motivos que fundan el recurso.**

El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en tres motivos, si bien el segundo (o primero bis, según el recurrente) se dice subsidiario del primero.

El motivo primero se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por infracción del art. 217.3 y 7 LEC sobre carga de la prueba. La denuncia se refiere al FD Undécimo de la sentencia recurrida sobre carga de la prueba en materia de prescripción extintiva del usufructo.

En concreto se alega:

1) Que los recurrentes adujeron la usucapión o prescripción adquisitiva del derecho de usufructo del padre y la prescripción extintiva del derecho de este por el no uso, y que la sentencia recurrida resolvió la controversia en términos de prescripción extintiva interpretando erróneamente las reglas sobre carga de la prueba para concluir que los recurrentes, que habían sido los que habían alegado dicha prescripción, no habían acreditado la falta de uso o ejercicio del derecho por parte del padre, obviando que el no uso (fundamento fáctico de la prescripción extintiva) es un hecho negativo, siendo más fácil probar al padre el ejercicio del derecho que a los hijos recurrentes demostrar lo contrario.

2) Que la sentencia también reprochó a los hijos -nudos propietarios- no haber hecho en los meses previos a la demanda acto alguno expreso y concluyente de negación del derecho del padre, pese a que a juicio de los recurrentes no tenían dicha carga pues "el beneficiario de la prescripción extintiva no tiene la carga de ponerla de manifiesto, salvo a tiempo del uso del derecho por su titular", lo que no aconteció hasta que el padre presentó la demanda.

3) Que la sentencia también se funda en que el padre usufructuario no ha ocultado a sus hijos su derecho, pero esta circunstancia no se sostiene porque el hecho no negado de que los hijos constituyeron el usufructo en favor del padre no impide que pueda alegarse la prescripción extintiva del mismo por el no uso.

En suma se defiende que se aplicaron erróneamente las reglas sobre carga de la prueba y la facilidad probatoria ya que no correspondía a los recurrentes acreditar el hecho negativo del no ejercicio del derecho de usufructo por el padre sino que correspondía a la parte contraria justificar que el progenitor seguía haciendo uso del mismo.

Los otros dos motivos (segundo o "primero bis" y tercero o "segundo" en la enumeración utilizada por el recurrente) combaten la apreciación probatoria formulándose ambos al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC por infracción del art. 24.1 CE en atención a una valoración arbitraria e irrazonable de la prueba sobre la prescripción extintiva del usufructo.

En concreto se alega que la sentencia recurrida (FD undécimo y duodécimo) niega la prescripción extintiva del derecho de usufructo del padre con base en unas donaciones (tres) efectuadas durante los años 2005, 2007 y 2008, en cuanto que, según la sentencia, (i) las mismas suponen el reconocimiento y ejercicio de los derechos económicos que le corresponden al usufructuario y (ii) no cabe entender que tales retribuciones encubiertas -equivalentes a la mitad de los rendimientos de la sociedad- a las que tenía derecho el usufructuario, tengan otra causa ajena a dicho derecho.

Los recurrentes discrepan de estas conclusiones, entendiéndolo que no se mencionan las pruebas (los documentos, las declaraciones de testigos) en que se basa ese juicio valorativo. Se dice que a lo largo de la fundamentación de la sentencia, solo es posible encontrar una alusión a la testifical de Dª Teodora, hermana de los recurrentes, cuyo valor probatorio estos desvirtúan al considerar que su declaración no fue circunstanciada y resulta contradictoria con otras declaraciones y pruebas.

En suma, se considera que de la prueba obrante no es posible concluir que las donaciones realizadas tuvieron su causa en la retribución del usufructo.

TERCERO.- Valoración de la Sala. Desestimación de los motivos.

Examinados todos los motivos conjuntamente en atención a su vinculación, procede su desestimación por las razones siguientes:

a) Como admite conocer la parte recurrente, no se infringen las reglas sobre la carga de la prueba cuando la sentencia se apoya en prueba practicada y valorada ya que su infracción solo es posible cuando, a falta de aquella, se atribuyen indebidamente entre los litigantes las consecuencias de dicha orfandad probatoria. Así lo viene declarando constante jurisprudencia, de la que es reciente ejemplo, la STS de 15 de enero de 2015, RC 961/2013, que al respecto afirma: «Las normas de la carga de la prueba entran en juego exclusivamente en el caso de ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del Juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes y a los que la norma vincula la consecuencia jurídica



pretendida. Es entonces cuando dichas normas cumplen la función, complementaria de la prohibición del "non liquet", consistente en permitir la identificación de la parte sobre la que ha de recaer el perjuicio derivado de la falta o insuficiencia de demostración - sentencias 376/2010, de 14 de junio, 88/2011, de 16 de febrero, 333/2011, de 9 de mayo, 518/2011, de 30 de junio, 479/2012, de 19 de julio, 494/2012, de 20 de julio, 526/2012, de 5 de septiembre, 525/2012, de 7 de septiembre, 561/2012, de 27 de septiembre, 557/2012, de 1 de octubre, 615/2012, de 23 de octubre, 616/2012, de 23 de octubre, 601/2012, de 24 de octubre, 662/2012, de 12 de noviembre, 684/2012, de 15 de noviembre, entre otras muchas -».

b) En este caso, la razón decisoria de la sentencia en torno a la controversia que se suscita en este recurso extraordinario por infracción procesal -la prescripción extintiva del usufructo paterno, que los hijos defienden y que la sentencia de apelación no apreció- consiste en que el padre ostenta un derecho de usufructo que no prescribió por la existencia de actos de los hijos en reconocimiento de ese derecho, en concreto, tres donaciones «*de los nudos propietarios al padre usufructuario, instrumentadas por distintas vías entre los años 2005 a 2009*» que la Audiencia valoró inequívocamente como actos propios de los recurrentes expresivos de su voluntad de reconocer al padre los derechos económicos que le correspondían como titular de dicho derecho real, por más que esta valoración no se comparta ni suponga infracción del *onus probandi* incluyendo la referida al principio de facilidad probatoria.

c) Por tanto, no cabe considerar infringidas las normas que disciplinan el *onus probandi* en tanto que la conclusión judicial contraria a declarar extinguido el derecho de usufructo no se apoyó en la falta prueba del hecho extintivo argumentado por los hoy recurrentes, sino que se fundó en la existencia de prueba suficiente sobre la existencia y subsistencia del derecho del padre.

d) En cuanto a la discrepancia de la parte recurrente con las conclusiones fácticas obtenidas a partir de la prueba practicada (cuestión a que se ciñen los dos últimos motivos), su planteamiento denota que se trata de un argumento instrumental y subsidiario del anterior, en el que decide apoyarse para el caso de no apreciarse la infracción de las reglas del *onus probandi* a las que se refirió en el primer motivo -como ha sido el caso-. Sin embargo, tampoco concurren las infracciones que se denuncian en estos dos últimos motivos, pues se ha de recordar que corresponde al tribunal de instancia la valoración libre de la prueba y que la mera discrepancia de las partes, en este caso, la recurrente, con la resultancia probatoria que sirvió de base fáctica de la decisión judicial, no justifica que haya existido una valoración ilógica ni arbitraria, como tampoco cabe confundir esta con un defecto en la motivación de dicha valoración (SSTS de 25 de junio de 2014, RC 3013/2012, con cita de las SSTS de 8 de abril de 2014, RC 1581/2012; 18 de febrero de 2013, RC 1287/2010 y 4 de enero de 2013, RC 1261/2010 entre las más recientes). Por tanto, puesto que el tribunal razona sobre la realidad de las donaciones en atención a una «*abundante prueba*», documental del actor y testifical, sus conclusiones, resultado de su conjunta valoración, no pueden ser revertidas en esta sede mediante la simple exposición de la valoración personal y subjetiva de la parte recurrente sobre el conjunto de dichas pruebas, o, sobre algún medio de prueba en concreto (STS de 25 de junio de 2014, RC 3013/2012, con cita de las SSTS de 11 de diciembre de 2013, RC 1853/2011; 14 de noviembre de 2013, RC 1770/2010; 13 de noviembre de 2013, RC 2123/2011 y 15 de noviembre de 2010, RC nº 610/2007, que cita las de 17 de diciembre de 1994, RC 1618/1992; 16 de mayo de 1995, RC 696/1992; 31 de mayo de 1994, RC 2840/1991; 22 de julio de 2003, RC 32845/1997; 25 de noviembre de 2005, RC 1560/1999).

II. RECURSO DE CASACIÓN

CUARTO.- *Formulación de los motivos primero y segundo.*

Vamos a tratarlos conjuntamente por estar ambos referidos a la inaplicación de los arts. 187 y 185 de la LSC, pues en su lugar, la sentencia recurrida aplica los arts. 106.3 y 108 LSA, y, porque la aplicación de los preceptos de la LSC no llevan más de cinco años de vigencia.

El **primer motivo** se articula en los siguientes términos: "*al amparo de los arts. 477.1, 477.2.3º y 477.3 LEC, en la modalidad de infracción de la doctrina jurisprudencial, la falta de aplicación, al presente caso del art. 187 LSC, para interpretar el art. 108 LSA, que infringe la doctrina jurisprudencial de Tribunal Supremo que impone la aplicación retroactiva de las normas aclaratorias o interpretativas: el interés casacional en la resolución de este motivo resulta de la oposición de la sentencia de 22 de mayo de 2013 a dicha jurisprudencia del Alto Tribunal*".

Señala que el art. 106.3 de la LSA de 1989 disponía que "*la representación es siempre revocable. La asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación*". Y, el art. 108 del mismo texto legal establecía una excepción: "*las restricciones establecidas en los artículos anteriores no serán de aplicación cuando el representante sea el cónyuge, o un ascendiente o descendiente del representado*".

La sentencia recurrida, alegan los recurrentes, se acoge a la excepción del art. 108 LSA y no aplica el art. 187 de la LSC que entró en vigor meses antes de ser dictada la misma.



El art. 187 LSC, que estaba en vigor cuando se dictó la sentencia de primera instancia (24 de junio de 2012), no dispensa la revocabilidad de la representación cuando asista personalmente a la Junta el representado, (ex art. 184 LSC), aún en los supuestos de representación familiar.

De acuerdo con la doctrina sentada por las SSTs de 9 de abril de 1992 , 18 de noviembre de 2009 y 9 de diciembre de 2010 , al tener la norma valor aclaratorio o interpretativo debe atribuírsele efecto retroactivo. Habiendo determinado el art. 187 LSC la revocabilidad de la representación social, por la asistencia personal del representado, aun cuando ésta fuera otorgada entre ascendientes y descendientes, la sentencia recurrida infringe el citado precepto que no aplica, hallándose vigente y, contrariamente, aplica el derogado art. 108 LSA .

El **segundo motivo** se formula en los siguientes términos: "*a l amparo de los arts. 477.1 , 477.2.3 ° y 477.3 LEC , en la modalidad de aplicación de normas que lleven más de cinco años en vigor, la sentencia impugnada infringe el art. 187 LSC, que no exceptiona la aplicación del art. 185 LSC sobre la esencial revocabilidad de la representación en los casos en que ésta se da entre ascendientes y descendientes: el interés casacional en la resolución de este motivo resulta de la necesaria aplicación de una norma de vigencia inferior a cinco años, como es la LSC. Infracción del art. 187 LSC por la sentencia recurrida por no haber aplicado retroactivamente como norma interpretativa la del art. 108 LSA . Inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que haya interpretado el art. 187 LSC en relación con el art. 185 LSC o el art. 108 LSA en relación con el art. 106.3 LSA "*

Entiende el recurrente que se da el interés casacional en la resolución del motivo por inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, siendo necesaria la interpretación del art. 187 LSC, por hallarse en vigor cuando se dictaron las sentencias de instancia.

QUINTO.- Desestimación del motivo.

1. El usufructo de acciones en el TRLSA, en sus arts. 61 y ss , fue ampliamente tratado (a diferencia de la LSA de 1951), y ahora aparece regulado en idénticos términos en la Ley de Sociedades de Capital (LSC), en sus arts. 127 al 131, ambos inclusive. Sus preceptos prevén las fuentes reguladoras, de una parte, de las relaciones internas entre el nudo propietario y el usufructuario que son las que derivan del título constitutivo y, en lo no previsto, supletoriamente, el Código Civil (art. 127.2 LSC); y, de otra parte, las fuentes de las relaciones externas de ambos -usufructuario y nudo propietario- frente a la sociedad, para determinar la legitimación del ejercicio de los derechos del socio (art. 127.1 LSC). Este precepto señala que el usufructuario tendrá derecho, en todo caso, a los dividendos acordados por al sociedad "*durante el usufructo*" y que, "*salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario*".

2. El poder de representación a que se obligaron los otorgantes del usufructo a favor del padre, como usufructuario, está previsto en la estipulación 5ª de la escritura otorgada el 26 de junio de 1987, que es el título constitutivo. Como se ha señalado, las relaciones internas entre el nudo propietario y el usufructuario derivan del título constitutivo. Por ello, los nudos propietarios están obligados frente al usufructuario a cuanto se obligaron en el título constitutivo, y por ello deben otorgar el poder (arts. 1089 y 1091 CC).

Cuestión distinta es que los nudos propietarios otorgantes del poder, en las respectivas juntas de accionistas de la sociedad, puedan asistir a las mismas, con el efecto previsto actualmente en el art. 185 de la Ley de Sociedades de Capital ("*la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación*") . Pero ello no debe impedir que el poder se otorgue, pues en caso de que se revoque la representación al usufructuario por la asistencia personal del o de los nudos propietarios, y el voto de estos sea contrario al derecho que corresponde al usufructuario (derecho al dividendo, en todo caso), nacerá a favor de éste la acción de indemnización por los daños y perjuicios causados, conforme previene el art. 1101 CC .

3. Si bien el poder que debe ser otorgado no necesariamente debe contener la mención al art. 108 de la derogada LSA , ni ninguna otra limitación que haga referencia al texto societario, como consecuencia de que actualmente rige el art. 187 LSC que otorga el carácter de revocación a la presencia en la junta del representado, no por ello deja de estimarse la pretensión ejercitada por el usufructuario en la demanda.

Por tanto, aunque cuanto antecede supone una estimación argumentativa de los motivos alegados, carece de efecto útil lo que conduce a la misma solución contenida en la sentencia recurrida y no determina una modificación del "*fallo*" (SSTs de 2 de junio de 2008, RC 2522/2011 y 29 de marzo de 2011, RC 2255/2007). Este es el fundamento de la llamada doctrina de la equivalencia de resultados o falta de efecto útil del recurso, lo que lleva a la desestimación de los motivos (STS de 20 de febrero de 2007, RC 3609/1999).

SEXTO.- Formulación del tercer motivo de casación.

Se articula en los siguientes términos: "*Al amparo de los arts. 477.1 , 477.2.3 ° y 477.3 LEC , en la modalidad de infracción de la doctrina jurisprudencial, la sentencia infringe el art. 1962.1° CC al resolver sobre el usufructo de las acciones y su prescripción extintiva y reviste de interés casacional por su oposición a la doctrina*



jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha norma, conforme a la cual la usucapión de un bien mueble determina la prescripción extintiva de las acciones reales sobre ese bien que pudieran corresponder a su anterior titular, sin necesidad de que haya transcurrido un plazo de seis años desde que éste perdió la posesión".

Alegan los recurrentes que la sentencia recurrida, al resolver sobre el usufructo de acciones y su prescripción extintiva, es contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, según la cual la usucapión de un bien mueble por el transcurso de tres años, desde la pérdida de posesión por el titular, determina la prescripción extintiva de las acciones reales sobre ese bien que pudieran corresponder a su anterior titular, sin necesidad de que haya transcurrido un plazo de seis años desde que éste perdió la posesión (SSTS de 19 de noviembre de 2012 y 11 de julio de 2012 , entre otras). La parte recurrente consideró que ni las donaciones realizadas entre 2005 y 2009 entre padre e hijos, ni el Protocolo suscrito entre las partes (2006) tuvo por objeto reconocer el derecho de usufructo a favor del Sr. Belarmino derivado de la escritura pública de 26 de junio de 1987, sino que, una vez usucapido el usufructo por los hijos con anterioridad, era necesario que el padre volviese a ser titular del usufructo, para lo que no bastaba un acto de renuncia a la prescripción adquisitiva ganada por los demandados.

El Protocolo, señaló, es también un título constitutivo de derecho real, por lo que, el 23 de noviembre de 2009, cuando el padre pretende hacer uso del derecho de usufructo, éste ya habría sido usucapido a favor de los demandados, conforme al art. 1955 CC y, en su consecuencia, se habría extinguido, de conformidad con el art. 513.7º CC , por haber sido adquirido por los hermanos Brigida Marco Antonio Aquilino Alfredo Teodora Coral Juan Manuel mediante prescripción, y por haber reunido en una misma persona el usufructo y la nuda propiedad, conforme al art. 513.3º CC .

SÉPTIMO.- Criterio de la Sala. Desestimación del motivo.

La invocación del art. 1962 CC , según el cual "*[L]as acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de pérdida su posesión...*", junto con el invocado art. 1955 del mismo cuerpo legal , según el que "*el dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe*", hace concluir a los recurrentes que su padre, cuando interpuso la demanda para ejercitar el derecho de usufructo, ya no lo poseía porque había sido usucapido a favor de sus hijos aquí demandados, en razón a las circunstancias que relatan.

El motivo debe ser desestimado por las razones siguientes.

En primer lugar, olvidan los recurrentes que el usufructo, a tenor del art. 468 CC , se constituye, entre otros títulos, "*por la voluntad de los particulares manifestada en actos inter vivos...*" En el presente caso, el título constitutivo otorgado inter vivos entre el padre y sus hijos fue la escritura de 26 de junio de 1987, y fue concedido a título gratuito y *con carácter vitalicio* . Luego, cuestionar a lo largo del procedimiento, si el padre hizo uso de él o no, para cuestionar su vigencia, no parece que se ajuste a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), contrariamente a lo sustentado por los hijos demandados frente a su padre.

Pero lo más importante es que la parte demandada obvia que el *objeto especial* sobre el que recae el usufructo son valores mobiliarios, esto es, las acciones de una sociedad de capital.

Precisamente por el especial objeto del usufructo, en este caso acciones, debe tenerse presente, a los efectos de la "*posesión*" -que constituye el elemento angular de los recurrentes-, los rasgos esenciales que de los mismos pueden predicarse: la Ley del Mercado de Valores (LMV de 1988), primero, en su Exposición de Motivos (2) señala que la ley descansa sobre el concepto de "*valores*" , abandonando la relación biunívoca entre mercado de valores y los títulos valores, pues se introduce la novedad de que los valores, entre ellos, las acciones, pueden estar representados mediante "*anotaciones en cuenta*" , como forma de desmaterializar el régimen cartular al que hasta entonces estaban sometidos las acciones, lo que autorizó también nuestra derogada LSA y actualmente la LSC, en su art. 92 . En la doctrina tradicional, en el orden civil, dos eran los elementos de la posesión: el "*corpus*" y el "*animus*" , aquél en sentido material y éste como la voluntad de servirse de la cosa para sus propios fines. Nadie puso en duda que el usufructo recaía sobre el cincuenta por ciento de la sociedad patrimonial El Enebro, como referencia al objeto y su extensión. Como acertadamente señala la sentencia recurrida, los demandados bien podrían haber comunicado a su padre, durante los veintidós años que presuntamente no ejercitó el derecho de usufructo, que éste había prescrito, haciéndolo constar en las actas levantadas con ocasión de la Junta de accionistas, y transcribiéndolas en el libro de actas, etc. Este reconocimiento implícito por los recurrentes del derecho de usufructo del padre "*entra en contradicción con la posición que mantienen en este pleito, lo que contraviene la doctrina de los actos propios ... principio general que obliga a rechazar aquellas pretensiones inconsecuentes con los actos propios*" (Fundamento jurídico duodécimo de la sentencia recurrida).



3. El derecho real de usufructo debió ser anotado en el Libro Registro de acciones nominativas, cuando los estatutos sociales de El Enebro se adaptaron a la LSA de 1989, y las acciones pasaron a ser nominativas. La falta de anotación del usufructo en el Libro Registro, frente al resto de los accionistas que concedieron el derecho a su padre con carácter vitalicio, no supone ni pérdida ni renuncia al usufructo, pues como bien señalan los recurrentes en este motivo (para fundar la usucapión a su favor) la renuncia debe ser *clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguno* (STS de 11 de octubre de 2007 , entre otras muchas). Por otra parte, en la propia escritura de constitución de usufructo (estipulación 3ª), *"D. Belarmino manifiesta que le ha sido transmitida la posesión material de los títulos sobre los cuales se constituye el derecho de usufructo ... con lo cual se da por cumplido el requisito de la traducción"* . Las operaciones societarias expresadas prolijamente por los recurrentes conforme a las cuales se perdió la identificación de las acciones exactas, y motivaron la pérdida del objeto, es intrascendente. Sólo mediante un seguimiento mínimo pero formalmente serio podía perfectamente determinarse el número exacto de las acciones de cada uno de los accionistas, como así se consignó cuando el actor, padre de los demandados, se propuso finalmente preparar la demanda rectora de las presentes actuaciones, determinando exactamente el número y la numeración de las acciones que correspondían a cada uno de los demandados.

Son inútiles las consideraciones que sobre la figura del negocio fiduciario se hacen respecto del Protocolo Familiar de 16 de marzo de 2006, en relación a las que hace referencia la sentencia impugnada. Lo que quiso confirmar la Sentencia de la Audiencia Provincial es que la *"indeterminación sobrevenida"* como consecuencia de haber cambiado las acciones de *"al portador"* en *"nominativas"*, o de numeración, a consecuencia de la reducción del capital social y la escisión del patrimonio de El Enebro, junto con ampliaciones de capital social y de reparto de acciones de autocartera, lo que pudo *"alterar la tipología de las acciones"* , no supuso en ningún momento renuncia al usufructo, ni pérdida del derecho sobre una parte alícuota del capital social (aproximadamente el 50 %), sino *"un reconocimiento expreso por parte de los apelantes, junto con sus dos hermanos no litigantes"* , de la subsistencia y continuidad del derecho de usufructo constituido *"con carácter vitalicio"* , -no se olvide-, mediante escritura pública otorgada con fecha 26 de junio de 1987.

Por último, la falta de ejercicio de su derecho por más de veintidós años, alegada por los recurrentes, como señala la sentencia recurrida *"parte de una visión selectiva e interesada de la situación ... pues el contexto general de la propia demanda se deduce lo contrario, sobre todo cuando la prueba practicada desdice claramente esa supuesta inactividad a lo largo de veintidós años; años en los que los nudos propietarios retribuyeron al usufructuario con los beneficios que le corresponden sobre la mitad de las acciones, hecho éste admitido incluso por la hermana de los apelantes, doña Teodora , al ser interrogada en el juicio."*

>> [...] *Así lo confirma abundante prueba (declaración de testigos y documentos aportados por el actor) que no se puede entender contrarrestada por lo acordado en alguna Junta. El usufructuario no siempre está obligado a ejercer su derecho, sin que por ello lo pierda o se extinga por prescripción."*

Como bien afirma la parte recurrida, la infracción denunciada en el motivo del art. 1962 CC sobre cuyo contenido fundamenta el interés casacional es artificiosa, pues no es más que una manifestación de la disconformidad con la valoración de la prueba, lo que efectivamente realizan en el recurso extraordinario por infracción procesal que seguidamente será objeto de examen.

El motivo se desestima

OCTAVO.- Costas.

Al haber sido desestimados los recursos de casación y el extraordinario por infracción procesal, procede imponer las costas originadas por los recursos a los recurrentes, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación de D. Juan Manuel , D. Marco Antonio , D. Alfredo , Dª Brigida y Dª Coral , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de fecha 22 de mayo de 2013, en el Rollo 806/2011 que, en este alcance, confirmamos.

Se imponen las costas causadas por los recursos a los recurrentes, con la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Jose Ramon Ferrandiz



Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.-**Sebastian Sastre Papiol**.- FIRMADA y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Sebastian Sastre Papiol**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ