



Roj: **STS 3466/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3466**

Id Cendoj: **28079110012018100553**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2018**

Nº de Recurso: **3898/2015**

Nº de Resolución: **556/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 556/2018

Fecha de sentencia: 09/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3898/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Cuarta.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3898/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 556/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 9 de octubre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia de 31 de julio de 2015, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 141/2013 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Las Palmas de Gran Canaria, sobre disolución de sociedad por cese en el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social.

El recurso fue interpuesto por D. Emilio , D. Esteban , D. Fausto y las entidades mercantiles I.P. Vimes S.L. y Kaesa Canarias S.L., representadas por la procuradora D.ª Ana María Arauz Robles Villalón y bajo la dirección letrada de D. Gabriel Arauz de Robles de la Riva.

Es parte recurrida Herbania S.A., representada por el procurador D. Jorge Deleito García y bajo la dirección letrada de D.ª Patricia Aguilar Molina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Isabel Eugenia Vegas Navas, en nombre y representación de D. Emilio , D. Esteban , D. Fausto y las entidades mercantiles I.P. Vimes S.L. y Kaesa Canarias S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Herbania S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] estimando la acción ejercitada y acordando consecuentemente:

- » 1.- Declarar judicialmente disuelta la sociedad demandada (Herbania S.A.) por concurrencia de causa legal y estatutaria de disolución;
- » 2.- Inscribir la disolución judicial de Herbania S.A. en el Registro Mercantil;
- » 3.- La apertura de la fase de liquidación de la sociedad, procediéndose en ejecución de sentencia al cese de los administradores y su designación como liquidadores;
- » 4.- La obligación de la sociedad demandada de estar y pasar por dichas declaraciones y de abonar las costas del procedimiento, en caso de oposición a la pretensión de disolución ejercitada».

2.- La demanda fue presentada el 11 de abril de 2013 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 1 de Las Palmas de Gran Canaria, fue registrada con el núm. 141/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Elena Henríquez Guimerá, en representación de Herbania S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas al actor.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia de 21 de marzo de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda interpuesta por la representación procesal de Don Emilio , Don Esteban , Don Fausto , IP. Vimes, S.L. y Kaesa Canarias, S.L.:

- » 1.- Debo declarar y declaro judicialmente disuelta la sociedad demandada (Herbania S.A.) por concurrencia de causa legal y estatutaria de disolución;
- » 2.- Debo ordenar y ordeno la inscripción de la disolución judicial de Herbania S.A. en el Registro Mercantil;
- » 3.- Debo ordenar y ordeno la apertura de la fase de liquidación de la sociedad, procediéndose en ejecución de sentencia al cese de los administradores y su designación como liquidadores;
- » 4.- Debo declarar y declaro la obligación de la sociedad demandada de estar y pasar por dichas declaraciones.
- » 5.- Con expresa condena en costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Herbania S.A. La representación de D. Emilio y otros, se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 288/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 31 de julio de 2015, cuyo fallo dispone:



«Que debemos estimar y estimamos totalmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Herbania S.A. contra la sentencia dictada el día 21 de marzo de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Las Palmas de Gran Canaria en autos de juicio ordinario número 141/2013, que revocamos y en su lugar desestimamos totalmente la demanda formulada, con imposición a la parte demandante de las costas causadas en la primera instancia. No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.ª Isabel Eugenia Vega Navas, en representación de D. Emilio, D. Esteban, D. Fausto y las entidades mercantiles I.P. Vimes S.L. y Kaesa Canarias S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la L.E.C., en relación con lo establecido en el apartado 1 de su disposición final decimosexta y artículo 477.2.3º, se denuncia la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (el derecho fundamental de mis representados a obtener de los jueces y tribunales la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos) en estrecha relación con la consolidada doctrina jurisprudencial por la que nuestro Constitucional, viene declarando que "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado". En concreto, la sentencia impugnada desconoce los "efectos perjudiciales" que necesariamente han de reconocerse a la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013, que se trata de "una entidad de mera tenencia de bienes que no desarrolla actividad mercantil alguna". Estos hechos, declarados por el Tribunal Supremo en sentencia firme, evidenciaban que se había producido efectivamente el cese de la actividad de Herbania S.A. como sociedad mercantil, lo que debía haberse tenido en cuenta por la Audiencia Provincial de Las Palmas como antecedente lógico o como un "elemento de integración del supuesto litigioso" a la hora de apreciar si concurría la causa de disolución de esta sociedad prevista en el artículo 363.1ª) de la L.S.C. e invocada por esta representación procesal en su escrito de demanda (disolución de la sociedad "por cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social"). Desconocimiento del efecto de cosa juzgada material previsto en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

«Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la L.E.C., en relación con lo establecido en el apartado 1 de su disposición final decimosexta y artículo 477.2.2º, se denuncia la existencia, en la sentencia impugnada, de una valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE, que se entiende vulnerado».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477 apartados 1, 2.3º y 3 de la L.E.C., se denuncia como primer motivo del presente recurso de casación la infracción del artículo 363.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), en la redacción dada por la Ley 25/2011, de 2 de agosto».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la L.E.C., se denuncia como segundo motivo del presente recurso de casación la infracción del artículo 363.1.a) de la Ley de sociedades de capital en relación con la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en cuanto a los requisitos que han de concurrir para poder apreciar la existencia de una verdadera actividad económica o empresarial».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de marzo de 2018, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Herbania S.A. se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Los hoy recurrentes, socios minoritarios de Herbania, S.A. (en lo sucesivo, Herbania) interpusieron una demanda en la que ejercitaron una acción de disolución judicial de dicha sociedad por concurrencia de causa



legal y estatutaria de disolución, que consistía en haber cesado en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen su objeto social por un período superior a un año.

Este objeto social era descrito en los estatutos sociales de la siguiente manera:

«[...] la adquisición, parcelación, urbanización de terrenos, y la promoción, construcción, explotación, arrendamiento, enajenación y tráfico de toda clase de edificios e inmuebles».

La sociedad demandada se opuso a la demanda en su escrito de contestación y negó la concurrencia de la causa de disolución.

2.- El juzgado mercantil estimó la demanda y declaró judicialmente disuelta la sociedad demandada.

3.- La sociedad demandada interpuso un recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial porque consideró que no concurría causa legal de disolución de la sociedad demandada. En la sentencia recurrida se afirma:

«[...] la sociedad mercantil HERBANIA, S.A. no cesó en su actividad tras la venta del complejo RIUS MAXORATA sino mediante la reinversión del precio obtenido por dicha venta como socios de nueva sociedad INGESTURSA que acometió la construcción de un nuevo complejo hotelero de mayor entidad, los HOTELES CORDIAL, continuó el cumplimiento del objeto social de modo indirecto y a través de su participación en la nueva sociedad, sin que por tanto, y pese a ser cero su cifra de negocio y carecer de personal -la cifra de negocio, los beneficios o pérdidas y el personal necesario existen, en la sociedad participada-, pueda entenderse que concorra causa de disolución social, ni por cese de la actividad durante un año, ni por pérdida de la affectio societatis».

4.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal basado en dos motivos y un recurso de casación basado también en dos motivos, todos los cuales han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento de este motivo se denuncia la infracción del art. 24 de la Constitución por haberse desconocido el efecto de cosa juzgada material, previsto en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

2.- La infracción habría sido cometida porque la sentencia impugnada desconoce los efectos prejudiciales que han de reconocerse a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013, que afirmó que la sociedad demandada es «una entidad de mera tenencia de bienes que no desarrolla actividad mercantil alguna». Estos hechos, declarados por el Tribunal Supremo en sentencia firme, evidenciaban que se había producido efectivamente el cese de la actividad de Herbania como sociedad mercantil, lo que la Audiencia Provincial debió tener en cuenta como antecedente lógico o como un «elemento de integración del supuesto litigioso» a la hora de apreciar si concurría la causa de disolución de esta sociedad prevista en el artículo 363.1.ª de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, LSC).

TERCERO.- *Decisión del tribunal. El valor de las resoluciones firmes dictadas en otros órdenes jurisdiccionales*

1.- En la sentencia 532/2013, de 19 de septiembre, declaramos que, aunque esta sala consideró en un principio improcedente la alegación de cosa juzgada o de litispendencia respecto de litigios de otro orden jurisdiccional (sentencias de 16 de octubre de 1986 y 67/1998, de 6 de febrero, entre otras), más adelante, en sentencias como la 23/2012, de 26 de enero, ha matizado dicha doctrina, en línea con la jurisprudencia constitucional.

2.- Puede afirmarse que art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones.

Cuando tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales conocen de los mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación en el plano jurídico pueden hacerse con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes. Pero no ocurre lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues unos mismos hechos no pueden existir, y dejar de existir para los órganos del Estado. Así lo declaró el Tribunal Constitucional desde su sentencia 77/1983, de 3 de octubre.

3.- La posterior sentencia del Tribunal Constitucional 192/2009, de 28 de septiembre, precisa lo siguiente:

«Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con



el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo , F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre, F. 3).

»Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero , F. 4)».

4.- Como conclusión, los tribunales deben tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta, de modo que solo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello viene exigido por la aplicación de normativas diferentes.

5.- La sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este recurso no infringe esta doctrina. Los hechos de los que parte la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para resolver el recurso de casación no difieren en lo fundamental de los tomados en consideración en la sentencia de la Audiencia Provincial (ya sea en lo que directamente declara, ya sea porque no modifica la base fáctica fijada en la primera instancia) para decidir el recurso de apelación.

Tales hechos consisten en que la sociedad Herbania enajenó el complejo turístico cuya explotación constituía hasta ese momento su actividad social y con el precio obtenido en esa venta entró a participar, junto con otros inversores, en el capital social de una sociedad, Ingestur S.A. (en lo sucesivo, Ingestur), con análogo objeto social y cuya actividad consistía en la explotación de un establecimiento hotelero de mayor envergadura, de la que pasó a tener un importante porcentaje del capital social, inicialmente cercana al 50%. Y que desde esa enajenación carece de personal y de elementos patrimoniales tangibles susceptibles de ser utilizados en una actividad productiva, y su cifra de negocio es cero.

6.- En el presente caso, la sentencia del tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene en este proceso civil un efecto prejudicial, en el sentido que pretenden los recurrentes, por la diversidad de objetos de uno y otro, tanto del *petitum* [petición] como de la causa de pedir, y por la diversidad de perspectivas del enjuiciamiento que ha de realizarse en uno y otro proceso.

7.- Lo que pretende el recurrente no es que la sentencia de la Audiencia Provincial parta de los mismos hechos sentados en la jurisdicción contencioso-administrativa sino que se extrapole una valoración jurídica que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo realiza sobre determinado aspecto (si el resultado de la venta de unas acciones de una sociedad hotelera puede considerarse como rendimiento de una actividad empresarial realizada desde un establecimiento permanente en Canarias) a los únicos efectos de decidir si son aplicables determinados beneficios fiscales, que responden a una determinada finalidad (dinamizar la actividad económica en el territorio canario) y exigen unos determinados requisitos, a la valoración jurídica que la jurisdicción civil ha de realizar para decidir una cuestión completamente diferente, como es si puede considerarse que esa sustitución de la explotación directa de un establecimiento turístico por la simple titularidad de una parte alícuota del capital social de otra sociedad que explota un establecimiento turístico de mayor magnitud, constituye o no la causa legal de disolución de la sociedad prevista en el art. 363.1.a LSC, consistente en el «cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social».

8.- Por tanto, que pueda estimarse que Herbania ha cesado en la actividad que constituye su objeto social durante más de un año es una conclusión que no se apoya en las valoraciones jurídicas realizadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo a unos efectos distintos de los que son propios de este proceso civil.

9.- Por las razones expuestas, el motivo debe desestimarse.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*



1.- En el encabezamiento de este motivo, por el cauce del art. 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del art. 24 de la Constitución, por haberse realizado una valoración de la prueba manifiestamente arbitraria e ilógica.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se ha producido porque la Audiencia Provincial ha obviado que la venta del complejo turístico por parte de Herbania y la inversión del precio obtenido en la compra de acciones de Ingestur se produjo seis años y medio después de la constitución de esta sociedad, por lo que se trató de una simple inversión económica que no puede calificarse como desarrollo indirecto de la actividad que constituye el objeto social.

QUINTO.- *Decisión del tribunal. Inadmisibilidad del motivo*

1.- Como pone de manifiesto la parte demandada al oponerse al recurso, este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal incurre en causa de inadmisión.

2.- No se especifica en él cuál es el medio probatorio concreto en cuya valoración se ha producido el error patente.

El error en la valoración de la prueba debe ser «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia», y para ello el recurrente debe especificar qué prueba ha sido valorada de forma errónea o arbitraria y cómo se ha producido esa errónea valoración.

3.- Además de lo anterior, en el desarrollo del motivo se cuestionan valoraciones que no son de orden fáctico, sino jurídico sustantivo, derivadas de los hechos fijados en el proceso: si una «simple inversión económica» consistente en la compra de acciones de una sociedad dedicada a la actividad que constituye el objeto social de la compradora puede calificarse o no como desarrollo indirecto de la actividad que constituye el objeto social.

Estas cuestiones sustantivas son ajenas al recurso extraordinario por infracción procesal.

4.- La causa de inadmisión se convierte en este momento en causa de desestimación del motivo.

Recurso de casación

SEXTO.- *Formulación del primer motivo del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento del motivo se denuncia la infracción del artículo 363.1.a de la Ley de Sociedades de Capital, en la redacción dada por la Ley 25/2011, de 2 de agosto.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que no habrá propiamente actividad si no existe una efectiva ordenación, por cuenta propia, de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, sin que la simple titularidad de unas acciones o participaciones en otra sociedad pueda calificarse por sí sola como una actividad económica o empresarial, pues Herbania carece de los mínimos recursos personales o materiales para desarrollar una efectiva actividad económica o empresarial.

Según los recurrentes, solo cabría apreciar la existencia de un desarrollo indirecto de la actividad social si existiera realmente alguna actividad empresarial, que no puede limitarse a la mera titularidad de las acciones o participaciones de otra actividad, lo que en este caso no habría ocurrido porque Herbania no se ha preocupado siquiera de gestionar directamente su participación en el capital social de Ingestur, pues los órganos sociales de Herbania no han adoptado ni una sola decisión con relación a su cartera de acciones en Ingestur, no han designado a los consejeros que habrían de representarla en los órganos de gobierno de esa sociedad, ni han impartido las directrices de su actuación en la junta general de Ingestur.

No existiría más que una titularidad fiduciaria de las acciones de Ingestur, no reveladora de una voluntad real de los socios de Herbania de permanecer unidos en sociedad sino que respondería a la mera conveniencia de mantener la forma jurídica societaria por razones puramente fiscales.

Por tal razón, solicitó que se fijara doctrina jurisprudencial en tal sentido.

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal: la mera tenencia de acciones o participaciones de una sociedad con el mismo o análogo objeto social no constituye por sí sola el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social*

1.- La recurrente reconoce en su recurso que es posible que la actividad que constituye el objeto social pueda llevarse a cabo por la sociedad tanto de forma directa como indirecta. También reconoce que, en este último caso, no es necesaria una expresa previsión estatutaria.

El vigente Reglamento del Registro Mercantil derogó la exigencia que se contenía en el anterior reglamento de que «si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la Sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en Sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente».

Por tanto, a partir de la entrada en vigor del nuevo reglamento, lo que tuvo lugar el 1 de agosto de 1996, la actividad que constituye el objeto social puede ser desarrollada de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de idéntico o análogo objeto, sin necesidad de previsión expresa en los estatutos sociales.

2.- Lo que cuestionan los recurrentes es si esa tenencia de acciones o participaciones en una sociedad con objeto social idéntico o análogo, sin una actividad dirigida a incidir en el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad participada, constituye por sí misma el ejercicio indirecto de la actividad que constituye su objeto social, que de acuerdo con los estatutos era el siguiente:

«[...] la adquisición, parcelación, urbanización de terrenos, y la promoción, construcción, explotación, arrendamiento, enajenación y tráfico de toda clase de edificios e inmuebles».

3.- Este tribunal considera correcta la afirmación de la recurrente de que el ejercicio indirecto de la actividad que constituye el objeto social mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de idéntico o análogo objeto, no puede limitarse a esa mera titularidad de acciones o participaciones sociales. Es necesario el desarrollo de una actuación que suponga un ejercicio efectivo, aunque sea de modo indirecto, de la actividad constitutiva del objeto social.

No puede considerarse que exista tal actividad cuando los órganos de la sociedad, que carece por completo de cualquier elemento personal o patrimonial y cuya cifra de negocio es cero, no han adoptado acuerdo alguno destinado a incidir en el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad participada, idéntico o análogo al de la sociedad titular de las acciones o participaciones. Los órganos sociales de Herbania no han adoptado acuerdo alguno sobre qué postura debía adoptar esta sociedad en las juntas de la sociedad participada, Ingestur, ni tampoco, a la vista de la importancia del paquete accionarial, que ha sido cercano al 50%, han adoptado acuerdo alguno para designar las personas que deberían representar a Herbania en los órganos de administración de Ingestur.

4.- Como consecuencia de lo expuesto, lo que determina que efectivamente se haya producido el cese en el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social de Herbania no es el hecho de que esta sociedad haya dejado de ejercer directamente una actividad prevista en los estatutos al enajenar el establecimiento hotelero que explotaba, sino el hecho de que actualmente no ejerza actividad alguna, ni directa ni indirectamente, relacionada con su objeto social, pues la mera titularidad de acciones de Ingestur por parte de Herbania no comporta por sí sola el ejercicio indirecto de una actividad encuadrada en su objeto social, («la adquisición, parcelación, urbanización de terrenos, y la promoción, construcción, explotación, arrendamiento, enajenación y tráfico de toda clase de edificios e inmueble»), por más que esta actividad esté incluida en el objeto social de la sociedad participada, Ingestur.

5.- La mera presentación de declaraciones del impuesto de sociedades, la formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales y la contratación de profesionales que defiendan a la sociedad en los litigios frente a la Hacienda Pública no constituyen por sí solos el ejercicio, ni directo ni indirecto, de la actividad que constituye el objeto social.

6.- La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se invocan en la sentencia de la Audiencia Provincial no son aplicables por cuanto que no se está discutiendo que la actividad prevista en los estatutos sociales como constitutiva del objeto social pueda ejercitarse de modo indirecto. La cuestión que en este recurso es relevante consiste en que ha de ejercitarse efectivamente esa actividad, y no constituye ejercicio propiamente dicho la mera titularidad de un paquete accionarial en una sociedad de idéntico o análogo objeto social, sin actuación alguna tendente a gestionarlo y rentabilizarlo mediante acciones que incidan en el desarrollo de la actividad de la sociedad participada, ni el mero cumplimiento de las obligaciones fiscales y formales de la sociedad.

7.- La estimación de este motivo hace innecesario entrar en el segundo, que por otra parte sería inadmisibles porque la supuesta infracción de la jurisprudencia de otra sala del Tribunal Supremo no permite el acceso a la casación civil.

OCTAVO.- *Costas y depósitos*

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que las costas de este recurso se impongan a los recurrentes. La estimación del recurso de casación determina que no proceda hacer



expresa imposición de las costas del recurso de casación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, su desestimación determina que se condene a la sociedad demandada al pago de las costas.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y se acuerda la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuestos por D. Emilio, D. Esteban, D. Fausto y las entidades mercantiles I.P. Vimes S.L. y Kaesa Canarias S.L., contra la sentencia de 31 de julio de 2015, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de apelación núm. 288/2014.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Herbania S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria de 21 de marzo de 2014 dictada en el juicio ordinario 141/2013.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, condenar a D. Emilio, D. Esteban, D. Fausto al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y condenar a Herbania al pago de las costas del recurso de apelación.

4.º- Devolver a los recurrentes el depósito constituido para interponer el recurso de casación y acordar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.