

SENTENCIA
TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: TERCERA

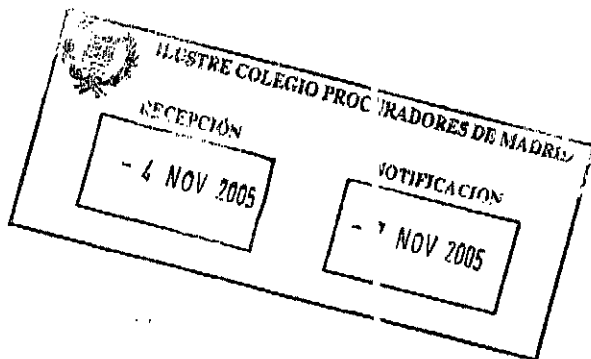
Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Fernando Ledesma Bartret

Magistrados:

D. Óscar González González
D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
D. Eduardo Espín Templado
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



En la Villa de Madrid, a veintiséis de Octubre de dos mil cinco.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 55/2004 interpuesto por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS y D. FRANCISCO JAVIER LOSANTOS GARCÍA y D. FRANCISCO BAQUERO NORIEGA (Consejeros Generales de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid por el sector de los Impositores), D. JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ LÓPEZ, D^a. PILAR DEL CORRAL GRACIA y D. ÁNGEL CORRALES MARTÍN (Consejeros Generales de la Caja

Rec. 1/55/2004.



de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid por el sector de Empleados), D. JOAN SIERRA FATJO, D. MANUEL GARCÍA BIEL, D. JORDI MOLINA BEL, D. LUIS LUMBRERAS PALOMARES, D. LUIS LÓPEZ YUVEIS, D. JOSEP FRANCESC ZARAGOZA ALBA, D^a. MARÍA ROSARIO CASTÁN EXPÓSITO, D. EMILIO RAMÍREZ LÓPEZ, D. FLORENTI JORGE MACHADO, D. FRANCESC MOYA JIMÉNEZ, D. CARLES HIJOS MATEU y D^a. MACÍA BIBILONI OLIVER (Consejeros de la Caja de Ahorro y Pensiones de Barcelona -La Caixa- por el grupo de Empleados), D. JOAN SANTO COTS (Consejero de Caixa Penedés por el grupo de Empleados), D. LUIS ALFONSO CARMELO LÓPEZ DíEZ (Consejero General de Caja de Ahorros de Salamanca y Soria en representación del Grupo de Empleados), D. JOSÉ LUIS DELATAS PELLEJERO (Consejero General de la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja por el Grupo de Empleados), D^a. ROSA BERGES ACEDO, D^a. ANA MARÍA BARRAL FERNÁNDEZ, D^a. ISABEL FREJO BOLADO, D. JOSÉ SEGURA BERNAL, D. RUBÉN GARCÍA LÓPEZ, D. FAFAEL ALJAMA ALCÁNTARA y D. ÁNGEL MONGE CONAL (Consejeros del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla por el Grupo de Empleados), D^a. MARÍA ELVIRA TRULA BASURTO, D. SILVINO JOSÉ SARIEGO RODRÍGUEZ y D. ALFONSO DíEZ PRIETO (Consejeros de Caja de Ahorros de Santander y Cantabria por el grupo de Empleados), D. PEDRO GRANADOS NAVAS y D. JOSÉ MÁRQUEZ GARCÍA (Consejeros de la Caja de Ahorros General de Granada por el grupo de Empleados), D. ANTONIO EDUARDO CAMACHO TORQUEMADA, D. JOSÉ MARÍA FERIA RUBIO, D. JOSÉ CARLOS GONZÁLEZ LORENTE, D^a. ISABEL LARA HIDALGO, D^a. ESTRELLA MARÍN MAQUEDA y D. RAFAEL PALADINI TURULLOLS (Consejeros de la Caja de San Fernando de Sevilla y Jerez por el grupo de los Empleados), D. ANDRÉS FRANCISCO PORTERO SÁNCHEZ, D. JUAN PEDRO GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y D. JOSÉ LUIS CIO JIMÉNEZ (Consejeros de UNICAJA por el grupo de Empleados), D. RAMÓN REVUELTA GARCÍA (Consejero de la Caja de Ahorros de San Sebastián y Guipúzcoa -Kutxa- por el grupo de Empleados), D. VÍCTOR CARLOS GARCÍA VEGA (Consejero de la Bilbao Bizkaia Kutxa -BBK- por el grupo de Empleados), D. EDUARDO MARTÍNEZ DE SORIA FERNÁNDEZ (Consejero de la Caja Vital Kutxa por el grupo de Empleados), D. FÉLIX MIGUEL MORALES SERRANO, D^a. MARÍA MARGARITA JIMÉNEZ GUERRERO, D^a.

Rec. 1.55/2004.



FRANCISCA UREÑA GÁLVEZ y D^a. MARÍA DEL CARMEN SIGLER MOFENO (Consejeros de la Caja de Ahorros de Jaén por el Grupo de Empleados) y D. JUAN BALSERA SANTOS (Consejero de Caja Sur por el grupo de Empleados), representados por la Procurador D^a. Isabel Cañedo Vega, contra el Real Decreto número 302/2004, de 20 de febrero, sobre Cuotas Participativas de las Cajas de Ahorro; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado; la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORROS (C.E.C.A.), representada por la Procurador D^a. María Cruz Ortiz Gutiérrez; la entidad "BOLSAS Y MERCADOS ESPAÑOLES, SOCIEDAD HOLDING DE MERCADOS Y SISTEMAS FINANCIEROS, S.A.", representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado; y la FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES FINANCIERAS, SEGUROS Y OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO" (Fesibac-CGT), representada por el Procurador D. José Antonio Sandín Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras y D. Francisco Javier Losantos García y D. Francisco Baquero Noriega (Consejeros Generales de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid por el Sector de los Impositores), D. José María Martínez López, D^a. Pilar del Corral Gracia y D. Ángel Corrales Martín (Consejeros Generales de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid por el Sector de Empleados), D. Joan Sierra Fatjo, D. Manuel García Biel, D. Jordi Molina Bel, D. Luis Lumbreras Palomares, D. Luis López Yuves, D. Josep Francesc Zaragoza Alba, D^a. María Rosario Castán Expósito, D. Emilio Ramírez López, D. Florenti Jorge Machado, D. Francesc Moya Jiménez, D. Carles Hijos Mateu y D^a. Macia Bibiloni Oliver (Consejeros de la Caja de Ahorro y Pensiones de Barcelona -La Caixa- por el Grupo de Empleados), D. Joan Santo Cots (Consejero de Caixa Penedés por el Grupo de Empleados), D. Luis Alfonso Canelo López Díez (Consejero General de Caja de Ahorro de Salamanca y

Rec. 1/55/2004.



Soria en representación del Grupo de Empleados), D. José Luis Delatas Pellejero (Consejero General de la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja por el Grupo de Empleados), D^a. Rosa Berges Acedo, D^a. Ana María Barral Fernández, D^a. Isabel Frejo Bolado, D. José Segura Bernal, D. Rubén García López, D. Rafael Aljama Alcántara y D. Ángel Monge Conal (Consejeros del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla por el Grupo de Empleados), D^a. María Elvira Trula Basurto, D. Silvino José Sariego Rodríguez y D. Alfonso Díez Prieto (Consejeros de Caja de Ahorros de Santander y Cantabria por el Grupo de Empleados), D. Pedro Granados Navas y D. José Márquez García (Consejeros de La Caja de Ahorros General de Granada por el Grupo de Empleados), D. Antonio Eduardo Camacho Torquemada, D. José María Feria Rubio, D. José Carlos González Lorente, D^a. Isabel Lara Hidalgo, D^a. Estrella Marín Maqueda y D. Rafael Paladini Turullols (Consejeros de la Caja de San Fernando de Sevilla y Jerez por el Grupo de los Empleados), D. Andrés Francisco Portero Sánchez, D. Juan Pedro González Fernández y D. José Luis Cid Jiménez (Consejeros de Unicaja por el Grupo de Empleados), D. Ramón Revuelta García (Consejero de la Caja de Ahorros de San Sebastián y Guipúzcoa -Kutxa- por el Grupo de Empleados), D. Víctor Carlos García Vega (Consejero de la Eilbao Bizkaia Kutxa -BBK- por el Grupo de Empleados), D. Eduardo Martínez de Soria Fernández (Consejero de la Caja Vital Kutxa por el Grupo de Empleados), D. Félix Miguel Morales Serrano, D^a. María Margarita Jiménez Guerrero, D^a. Francisca Ureña Gálvez y D^a. María Del Carmen Sigler Moreno (Consejeros de la Caja de Ahorros de Jaén por el Grupo de Empleados) y D. Juan Balsera Santos (Consejero de Caja Sur por el Grupo de Empleados) interpusieron ante esta Sala, con fecha 30 de abril de 2004, el recurso contencioso-administrativo número 55/2004 contra el Real Decreto número 302/2004, de 20 de febrero, sobre Cuotas Participativas de las Cajas de Ahorro.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 8 de octubre de 2004, alegaron los hechos y fundamentos de Derecho que consideraron oportunos y suplicaron que se dictase sentencia "por la que con estimación de la presente, declare la nulidad de pleno derecho del mencionado Real Decreto en lo que se refiere exclusivamente a la regulación que, contenida en el mismo, a continuación se relaciona:

Rec. 1,55/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA
REPARTO

A) Último inciso del apartado 2. del Artículo 7 (literalmente: y requerir de ellas los informes que interese a los cuotaparticipes).

B) Último inciso del apartado 3. del Artículo 7 (literalmente: El consejo de administración convocará al menos una asamblea anual de cuotaparticipes, en la que la caja informará, entre otros, sobre su evolución económica reciente, el excedente de libre disposición obtenido en el ejercicio precedente y el acuerdo de reparto de éste).

C) Segundo párrafo del apartado 3. del Artículo 7 (literalmente: Cuando la asamblea haya de tratar o acordar asuntos relativos a las modificaciones de las características de las cuotas tales como la supresión del derecho de suscripción preferente, su amortización u otros de trascendencia análoga a juicio del presidente, deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente y en uno de los diarios de mayor circulación de ámbito nacional, con una antelación de al menos 15 días a la fecha de la reunión)

D) Apartado 2.c) del Artículo 10 (literalmente: La aprobación en caso de que exista, del sindicato de cuotaparticipes).

E) Último inciso del apartado 1 del Artículo 12 (literalmente: así como la aprobación del sindicato de cuotaparticipes en caso de que éste exista)".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 19 de noviembre de 2004, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se declare la desestimación del recurso y se impongan las costas a la recurrente por su manifiesta temeridad y mala fe".

Cuarto.- La Confederación Española de Cajas de Ahorros (C.E.C.A.) contestó a la demanda con fecha 27 de diciembre de 2004 y suplicó sentencia "por la que se declare la desestimación del Recurso, imponiéndose las costas a la parte recurrente por su manifiesta temeridad y mala fe".

Quinto.- La entidad "Bolsas y Mercados Españoles, Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, S.A." presentó escrito de contestación a la demanda el 28 de diciembre de 2004 en el que estimó que "en nada afecta a los derechos e intereses legítimos de esta parte".

Sexto.- La Federación de Sindicatos de Banca Bolsa, Ahorro, Entidades Financieras, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación

Rec. 1.55/2004.



General del Trabajo (Fesibac-CGT) contestó a la demanda con fecha 29 de diciembre de 2004 y suplicó sentencia "por la que, en virtud de los fundamentos expuestos, se declare la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, sobre Cuotas Participativas de las Cajas de Ahorros (BOE 3 de marzo 2004), en lo que se refiere a la regulación que se detalla a continuación:

a) Último inciso del artículo 7, apartado 2 ('requerir de ellas los informes que interese a los cuotaparticipes').

b) Último inciso del artículo 7, apartado 3 (El consejo de administración convocará al menos una asamblea anual de cuotaparticipes, en la que la caja informará, entre otros, sobre evolución económica reciente, el excedente de libre disposición obtenido en el ejercicio precedente y el acuerdo de reparto de éste').

c) Segundo párrafo del apartado 3 del artículo 7 (Cuando la asamblea haya de tratar o acordar asuntos relativos a las modificaciones de las características de las cuotas tales como la supresión del derecho de suscripción preferente, su amortización u otros de trascendencia análoga a juicio del presidente, deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente y en uno de los diarios de mayor circulación de ámbito nacional, con una antelación de al menos quince días a la fecha de la reunión).

d) Artículo 10, apartado 2, letra c) (La aprobación, en caso de que exista, del sindicato de cuotaparticipes).

e) Artículo 12, apartado 1, último inciso (Así como la aprobación de sindicato de cuotaparticipes en caso de que éste exista)."

Séptimo.- La Asociación Española de Banca presentó escrito con fecha 29 de diciembre de 2004 apartándose del recurso.

Octavo.- No habiéndose recibido el pleito a prueba ni evacuado el trámite de conclusiones, por providencia de 1 de julio de 2005 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 11 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA**, Magistrado de Sala

Rec. 1/15/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA
SECRETARIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras y los Consejeros de diversas Cajas de Ahorro que han sido reseñados en el antecedente de hecho primero impugnan ante esta Sala determinados preceptos del Real Decreto número 302/2004, de 20 de febrero, sobre Cuotas Participativas de las Cajas de Ahorro.

El Real Decreto 302/2004 se dictó en desarrollo del artículo 14 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que a su vez modificó sustancialmente el régimen jurídico de las cuotas participativas de las cajas de ahorros previsto en el artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. Además de otras habilitaciones específicas a las que ulteriormente nos referiremos, la Disposición final segunda de la Ley 44/2002 "habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo dispuesto en esta norma."

Segundo.- Importa precisar desde ahora tres extremos que serán útiles para el ulterior análisis de la impugnación:

A.) El primero es que las "cuotas participativas", en cuanto aportaciones dinerarias de duración indefinida, no son sino una fórmula para que las Cajas de Ahorros puedan captar recursos financieros en el mercado, en situación de neutralidad con el resto de entidades de crédito. Quiérese decir, pues, que la captación de capital bajo esta nueva fórmula supone para las Cajas emisoras y para quienes suscriban las cuotas someterse a un régimen jurídico de derechos y obligaciones que, por un lado, no ha de implicar para aquéllas una situación privilegiada respecto al resto de entidades crediticias pero tampoco desnaturalizar su naturaleza propia y, por otro lado, ha de garantizar los intereses legítimos de los cuotapartícipes quienes, sin dicha garantía, difícilmente accederán a utilizar este instrumento de inversión financiera.

Rec. 1/55/004.



E) El segundo es que, aun cuando las cuotas participativas tienen su propio régimen jurídico -desarrollado precisamente mediante el Real Decreto ahora en parte impugnado- no cabe olvidar que, en virtud del artículo 2.1 de éste "adicionalmente [...] se regirán por el régimen de las acciones contenido en las secciones 2ª, 3ª y 4ª del capítulo IV del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en lo que les sea de aplicación." Como es obvio, dado que las cuotas participativas están desprovistas de derechos políticos -y esta privación responde a un expreso designio legal-, no les serán aplicables las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto a ellos se refieran.

C) El tercero es que en el desarrollo normativo del sindicato de cuotaparticipes (sobre cuya naturaleza y atribuciones gira en realidad el recurso) cubierto por la habilitación legal que a continuación diremos, el titular de la potestad reglamentaria ha tomado como patrón o referencia el régimen previsto para la asamblea de obligacionistas en el capítulo X de la Ley de Sociedades Anónimas, según de modo expreso afirma el preámbulo del Real Decreto 302/2004.

Tercero.- El artículo 7 del Real Decreto se refiere al "sindicato de cuotaparticipes" cuya creación y régimen general se establece en el apartado primero. El apartado segundo regula la figura del presidente de aquel sindicato en los siguientes términos:

"2. El presidente tendrá la representación legal del sindicato y podrá ejercitar las acciones que a éste correspondan, además de las facultades conferidas en el acuerdo de emisión y las que le haya atribuido la asamblea de cuotaparticipes. En todo caso, el presidente será el órgano de relación entre la caja de ahorros y el sindicato y, como tal, podrá asistir con voz y sin voto a las asambleas generales de la caja, informar a ésta de los acuerdos del sindicato y requerir de ella los informes que interesen a los cuotaparticipes."

Sólo este último inciso es impugnado por los recurrentes, a cuyo juicio "no hay razón alguna para que los cuotaparticipes tengan un derecho de información separada, distinto y más exigente hacia la Asamblea de la Caja

Rec. 155/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

que el resto de los grupos que la componen".

La censura es infundada, como bien replica el Abogado del Estado, cuya argumentada contestación a la demanda (frente a la cual no ha habido escrito de conclusiones) niega que exista "exceso de ninguna especie en la regulación reglamentaria". En efecto, tal como subraya el defensor de la Administración del Estado, la nueva regulación legal, esto es, el artículo 7.4 quinto párrafo de la Ley 13/1985, en la redacción que le da la Ley 44/2002, contiene una singular habilitación al Gobierno para desarrollar expresa y específicamente las normas de funcionamiento del sindicato de cuotaparticipes, habilitación singular que se sobrepone a la general antes referida.

Formulada la habilitación en estos amplios términos hubiera sido preciso que los demandantes concretaran, al menos, qué norma de rango superior infringe el inciso ahora impugnado, lo que no hacen. Se limitan a expresar, como ya hemos transcrito, que no existe "razón" para que el presidente del sindicato requiera de la Caja emisora (más en concreto, de la Asamblea General en la que, según la Ley, puede intervenir con voz pero sin voto) "los informes" que interesen a los cuotaparticipes.

No se ve cómo podría ser ilegal una disposición que se reduce a prever que quien legítimamente asiste a una asamblea solicite una determinada información. Al margen de que, como también opone con acierto el Abogado del Estado, esta misma previsión se contiene en las normas de la Ley de Sociedades Anónimas relativas al comisario presidente del sindicato de obligacionistas (que puede asistir a la junta general de la sociedad emisora y requerir de ella los informes que interesen a los obligacionistas), al margen de ello, decimos, el Real Decreto no prejuzga el contenido de la respuesta, que lógicamente dependerá de que la información requerida sea precisa o conveniente para garantizar los intereses de los cuotaparticipes en cuanto inversores de las Cajas.

Por lo que respecta al derecho de información de quienes representen a los diferentes grupos que integran las Asambleas Generales, su régimen

Rec. 1/35/2004.



jurídico es distinto del que ahora examinamos, sin que exista entre aquellos grupos y el sindicato de cuotaparticipes (y, a *fortiori*, entre el referido derecho de información y el de "requerir los informes") la analogía que exigiera, en cualquiera de los dos sentidos, un tratamiento idéntico.

Cuarto.- El mismo artículo 7 del Real Decreto 302/2004 dispone en su apartado tercero lo siguiente:

"3. La asamblea de cuotaparticipes podrá ser convocada por el consejo de administración de la caja o por el presidente del sindicato. Éste, además, deberá convocarla siempre que lo soliciten cuotaparticipes que representen al menos la vigésima parte de las cuotas emitidas. El consejo de administración convocará al menos una asamblea anual de cuotaparticipes, en la que la caja informará, entre otros, sobre su evolución económica reciente, el excedente de libre disposición obtenido en el ejercicio precedente y el acuerdo de reparto de éste [...]".

Los recurrentes consideran que el segundo párrafo es contrario al ordenamiento jurídico por cuanto de un lado, configura un "derecho de información separada" que daría "preeminencia" a los cuotaparticipes "sobre los demás directamente interesados y participes en el capital de la Caja (sic)" y, por otro lado, al dejar abierto el contenido de la información (por el uso de la expresión "entre otros") "no se sabe hasta dónde alcanza ese exorbitante derecho de información". La referencia a los "participes en el capital de la Caja" no es acertada, como bien replica la defensa de la Confederación Española de Cajas de Ahorro en su contestación a la demanda, y debe entenderse hecha a los grupos de representación en los órganos rectores.

La censura, que tampoco indica el precepto legal vulnerado, es injustificada. En primer lugar, reconocida la existencia del sindicato de cuotaparticipes, por analogía con el sindicato de obligacionistas en las sociedades anónimas, y admitida por los recurrentes la pertinencia de que se reúna en asamblea, nada obsta a que la Caja, a través de su consejo de administración, convoque a dicha asamblea de cuotaparticipes para informarles de unos datos económicos de la entidad que, en cuanto titulares de los valores negociables por ella emitidos, sin duda les afectan. No hay en

Rec. 1/55/2004.

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA
SECRETARÍA

ello "preeminencia" respecto de quienes integran los grupos de representación en los órganos rectores sino, de nuevo, mera consideración a los "legítimos intereses" de quienes financian con sus aportaciones dinerarias parte de los recursos propios de las Cajas de Ahorro.

En cuanto a la amplitud de los términos "entre otros", baste repetir lo expresado en el fundamento jurídico precedente sobre el contenido de la información que se ha de poner a disposición de los cuotaparticipes: la relevante para garantizar sus intereses en cuanto inversores de las Cajas. La expresión otorga un margen de flexibilidad prudente, dentro de aquellos límites.

Quinto.- En el suplico de la demanda se consigna como norma cuya nulidad se pretende también el párrafo segundo del mencionado apartado 3 del artículo 7, cuya dicción es la siguiente:

"[...] Cuando la asamblea haya de tratar o acordar asuntos relativos a las modificaciones de las características de las cuotas tales como la supresión del derecho de suscripción preferente, su amortización u otros de trascendencia análoga a juicio del presidente, deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», en el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma» correspondiente y en uno de los diarios de mayor circulación de ámbito nacional, con una antelación de, al menos, 15 días a la fecha de la reunión."

Lo cierto es, sin embargo, que la demanda no contiene una impugnación autónoma de este párrafo, cuya nulidad se solicita "sólo por coherencia con la nulidad que se pretende a través de los apartados [en realidad, fundamentos jurídicos] tercero y cuarto [de la demanda]". Sin perjuicio de lo que después diremos sobre la incidencia que los acuerdos del sindicato de cuotaparticipes pudiera tener en la decisión de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorro, es lo cierto que la mera previsión de que la asamblea de aquéllos -más propiamente, de su sindicato- trate de cuestiones que les afectan es irreprochable jurídicamente; y a partir de esta premisa, el hecho de que dicha asamblea haya de convocarse en los términos fijados por el precepto impugnado tampoco incurre en ilegalidad alguna.

Rec. 1/ 5/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Sexto.- El artículo 10 del Real Decreto 302/2004 regula el derecho de suscripción preferente de los cuotaparticipes, en cuya virtud pueden suscribir un número de las nuevas cuotas proporcional a su participación en el excedente de libre disposición que exista antes de la emisión. Respecto de la eventual supresión de este derecho de suscripción preferente dispone el apartado 2 del artículo 10 lo siguiente:

"2. El órgano emisor podrá, al decidir la emisión de nuevas cuotas participativas, acordar la supresión del derecho de suscripción preferente cuando el interés de la caja así lo exija. Para la validez de este acuerdo será imprescindible:

a) Que en la convocatoria del órgano se haya hecho constar la propuesta de supresión del derecho de suscripción preferente.

b) Que en la estimación del valor económico y del importe de la prima de emisión a que se refiere el artículo 4 se incluya una estimación del valor teórico de los derechos que se pretenden suprimir.

c) La aprobación, en caso de que exista, del sindicato de cuotaparticipes."

Los demandantes solicitan la nulidad de este último inciso porque, a su juicio, la decisión correspondiente debe quedar en mano exclusiva de la Asamblea General, sin que pueda ser preceptiva la aprobación del citado sindicato de cuotaparticipes. Añaden que la Ley de Sociedades Anónimas no contiene una previsión similar ni para el caso de los obligacionistas ni para el caso de las acciones sin voto.

El inciso objeto de debate no figuraba en los primeros borradores del proyecto del Real Decreto y su introducción fue apoyada por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, según se observa en el expediente de elaboración. Aparece ya desde el "tercer borrador" remitido, conforme a lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, a los diversos agentes económicos y a otras instituciones.

El Banco de España en sus alegaciones sobre el proyecto, formuladas el 1 de octubre de 2003, expuso como consideraciones generales sobre la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Rec. 1/55/2004

posición contractual de los cotaparticipes las siguientes:

"[...] Una de las condiciones esenciales para favorecer el éxito de este nuevo instrumento de capital es que el desarrollo reglamentario que ahora se aborda, al mismo tiempo que respeta las condiciones esenciales fijadas por la Ley (ausencia de derechos políticos y retribución en manos de la Caja), no agrave, e incluso minimice en lo posible, el desequilibrio fundamental entre los derechos de la Caja y los participes que reflejan aquellas condiciones. Un aumento en ese desequilibrio encarecería la captación de estos recursos e incluso podría eliminar a los inversores institucionales de los posibles interesados, poniendo en peligro la liquidez del instrumento y con ella todo el esquema legal diseñado. [...] Por ello no parece adecuado que [...] se permita a la caja, sin contar necesariamente con los participes: suprimir su derecho de suscripción preferente (art. 10); amortizar anticipadamente las cuotas (art. 12); o distribuir su fondo de reserva (art. 14.2)".

Séptimo.- El artículo 7.4.b) de la Ley 13/1985, en la redacción dada por la Ley 44/2002, señala como derecho de carácter económico conferido por las cuotas a sus titulares la "suscripción preferente de cuotas participativas en nuevas emisiones, sin perjuicio de su supresión en los términos legalmente previstos".

Por su parte, el artículo 3.2.g) del Real Decreto 302/2004 (precepto no impugnado en este recurso) dispone que los acuerdos de emisión de estos títulos deben contener preceptivamente "una referencia al derecho de suscripción preferente de cuotas en nuevas emisiones atribuido a los cotaparticipes, así como al régimen previsto para su supresión en el artículo 10".

Cuál sea el significado de la expresión "en los términos legalmente previstos" es lo que se trata de dilucidar, pues el legislador, al así redactarla, no ha otorgado en este punto un margen de configuración autónoma al titular de la potestad reglamentaria: la habilitación genérica antes analizada cede aquí ante la expresa remisión a los "términos legalmente previstos", que no pueden ser desbordados.

Esta precisión es relevante y de hecho fue objeto de consideración

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Rec. 1/55/2004.

específica en el dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto: el Alto Cuerpo Consultivo no dejó de precisar que "[...] la Ley remite la regulación de la supresión de este derecho [de suscripción preferente de nuevas cuotas] a los términos establecidos legalmente, por lo que quizá fuese más prudente introducir dicha regulación en una norma con rango legal."

Octavo.- Para el Abogado del Estado, con aquella disposición el legislador remite a la Ley de Sociedades Anónimas: las condiciones para la supresión del derecho de suscripción preferente de cuotas participativas serían las previstas en la citada Ley, cuyo artículo 159 lleva por rúbrica la exclusión del derecho de suscripción preferente y cuyo artículo 144 exige el acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada para la aprobación de modificaciones estatutarias que lesionen directa o indirectamente los derechos de dicha clase de acciones. Esta misma tesis, con ligeras variantes, mantiene la Confederación Española de Cajas de Ahorros (añadiremos que la teórica oposición a la pretensión actora que debería haber formulado, en cuanto parte demandada, la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades Financieras, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo, se ha convertido en práctica transcripción de la demanda, con la consiguiente desviación procesal).

Ya hemos afirmado que la remisión hecha por el artículo 1, apartado 2, del Real Decreto 302/2004 al régimen de las acciones contenido en las secciones 2ª, 3ª y 4ª del capítulo IV del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas lo es tan sólo en la medida en que dicho régimen "sea de aplicación" a las cuotas participativas, supuesto que no se dará si se trata del ejercicio de derechos políticos: la supresión de éstos para los titulares de las cuotas participativas fue subrayada en el debate parlamentario y se plasmó en un precepto inequívoco, redactado en términos absolutos, a tenor del cual "las cuotas carecen de todo derecho político". Las fórmulas de "sin perjuicio" que contenía el primitivo texto fueron suprimidas expresamente en el curso del referido debate parlamentario. No es posible, en consecuencia, reintroducir por la vía del reglamento lo que se eliminó intencionadamente del texto de la ley.

Rec. 1/55/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA
SECRETARÍA

A partir de esta premisa, las conclusiones que obtienen las partes demandadas no pueden compartirse. No sólo es que el artículo 159 de la Ley de Sociedades Anónimas no figure entre las secciones antedichas del capítulo IV del texto refundido (y por lo tanto, no hay remisión directa a él en el Real Decreto 302/2004), sino que su inaplicabilidad -con el matiz al que después aludiremos- a las cuotas participativas deriva precisamente de la proscripción de todo derecho político a los cuotaparticipes.

La exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas requiere un acuerdo de la junta general en la que, obviamente, deciden los accionistas que reúnen la doble cualidad de titulares de derecho al voto, en cuanto participes en el capital social y, a la vez, titulares de derechos patrimoniales que pueden ser menoscabados. En las cajas de ahorros, por el contrario, los cuotaparticipes carecen de todo derecho de voto sobre las decisiones que dichas entidades adopten, por lo que no pueden predeterminar negativamente el contenido de aquéllas como sucedería a tenor del precepto impugnado que exige su aprobación (y por lo tanto, les permite vetar) previa cuando las Cajas de Ahorro pretendan excluir el derecho de suscripción preferente de nuevas cuotas.

Es cierto que los cuotaparticipes ostentan el derecho de suscripción preferente de las nuevas cuotas, pero también lo es que la supresión de ese derecho para emisiones futuras no puede depender de ellos mismos si, como quiere la Ley, carecen de "todo" poder decisorio (derecho político) respecto de la voluntad corporativa de las Cajas de Ahorro que han de adoptar el acuerdo correspondiente. No puede el reglamento, en consecuencia, subordinar la voluntad de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorro a la voluntad de los cuotaparticipes. Éstos, por lo demás, han suscrito las cuotas sabiendo ya desde un primer momento (porque así ha de constar en los anuncios de la emisión) que el derecho de suscripción preferente puede ceder ante el interés general de la Caja, apreciado por el órgano emisor, cuando dicho interés así lo exija.

Afirma la Confederación Española de Cajas de Ahorros que, de no

Rec. 1/55/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

reconocerse dicha facultad, la "efectividad del derecho previsto en la Ley se haría depender, totalmente y en última instancia, de la voluntad de un tercero cuyos intereses no tienen por qué coincidir con la de sus titulares." La objeción no toma suficientemente en cuenta ni el hecho de que la supresión del derecho ya viene anunciada como potestativa en la emisión de los títulos ni el hecho de que, no siendo ni siquiera obligatoria la creación del sindicato de obligacionistas, podría legalmente una Caja que hiciera uso de esta posibilidad legal (no crear el sindicato) excluir el derecho de suscripción preferente de modo unilateral sin la aquiescencia de los cuotapartícipes afectados quienes, simplemente, carecerían de órgano (el sindicato) colectivo en el que afirmar su voluntad contraria. Por ello se ha dicho, con razón, que la atribución de esta facultad de veto a través del Real Decreto podría desincentivar la creación misma del sindicato de cuotapartícipes, potestativa para las Cajas de Ahorro.

En suma, las situaciones previstas para esta figura en la Ley de Sociedades Anónimas y en el Real Decreto 302/2004 no son equiparables, habida cuenta de que este último ha de respetar las opciones legislativas insertas en la Ley 44/2002: la decisión de excluir el derecho de suscripción preferente de cuotas participativas no puede sujetarse a los mismos cánones que el de las acciones cuyos titulares tienen el derecho de votar en las juntas generales de las sociedades anónimas. La asimilación de regímenes jurídicos requerir a una decisión del legislador en estos términos.

Noveno.- Más consistencia presenta la segunda línea de defensa argumental de la Administración del Estado, apoyada también por la Confederación Española de Cajas de Ahorros. Según esta tesis la exclusión del derecho de suscripción preferente a los titulares de cuotas participativas se aproximaría a una modificación estatutaria perjudicia para una determinada "clase de acciones". En tal hipótesis, dado que el artículo 148 de la Ley de Sociedades Anónimas exige que el acuerdo correspondiente de la junta general cuente con el voto favorable "de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase o clase afectadas", este voto favorable correspondería, en nuestro caso, al sindicato de cuotapartícipes. Se trataría, pues, de una previsión reglamentaria equivalente al mandato legal de que las

Rec. 1/55/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

modificaciones estatutarias perjudiciales para una clase de acciones cuenten con la aprobación de los accionistas perjudicados.

Sin embargo el argumento choca, una vez más, con la distinta naturaleza de accionistas titulares de derechos políticos y cuotaparticipes carer tes de ellos. Ciertamente es, sin embargo, que existe en la Ley de Sociedades Anónimas la figura de las acciones sin voto, a cuyo régimen podría equipararse el de las cuotas participativas, pero no lo es menos que, a tenor de los artículos 91 y 92 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, los titulares de las acciones sin voto (a quienes el artículo 91 atribuye "los demás derechos de las acciones ordinarias, salvo lo dispuesto en el artículo anterior") mantienen determinados derechos políticos, cuyo reconocimiento está vedado a los cuotaparticipes, al margen de los de contenido económico o patrimonial.

Entre esos derechos políticos de los titulares de acciones sin derecho a voto no sólo figura el previsto en el artículo 92.3 de la citada Ley, puesto en relación con el artículo 148, sino también el de asistir (sin voto) a la Junta General e incluso solicitar su convocatoria, el de impugnar los acuerdos sociales nulos y, a pesar de la aparente antinomia, el de configurar, mediante su voto, la voluntad social en determinados supuestos como son la falta de pago del dividendo mínimo o la reducción de capital que implique la amortización de acciones ordinarias (artículo 91.2 de la Ley de Sociedades Anónimas). Todo lo cual es coherente con el principio de que esta clase de accionistas siguen siendo, pese a todo y desde una perspectiva estrictamente jurídica, verdaderos socios, aunque no participen en la gestión de la sociedad anónima, y no meros obligacionistas o titulares de derechos de crédito frente a aquélla. Lo que no sucede en el caso de los cuotaparticipes.

Esta última consideración enlaza con una referencia normativa que no puede dejar de subrayarse: ya hemos recordado cómo el patrón de las normas aplicables al sindicato de cuotaparticipes es el previsto para la asamblea o sindicato de obligacionistas en el capítulo X de la Ley de Sociedades Anónimas, según de modo expreso afirma el preámbulo del Real Decreto 302/2004. Pues bien, a partir de esta referencia, difícilmente podría el

Rec. 1/53/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA
SECRETARIA

reglamento reconocer al sindicato de cuotaparticipes facultades de veto que la Ley de Sociedades Anónimas no atribuye al sindicato de obligacionistas, como sucede respecto de la exclusión del derecho de suscripción preferente en el supuesto de que una sociedad anónima tenga emitidas obligaciones convertibles, a tenor del juego conjunto de los artículos 293.3, 158 y 159.3 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Décimo.- Por último, la Confederación Española de Cajas de Ahorros trata de defender la viabilidad del precepto afirmando que la aprobación previa por parte del sindicato de cuotaparticipes es una "fórmula" que arbitra el legislador para evitar conflictos entre éstos y la propia entidad. En efecto, en el caso de que la asamblea general de la caja adoptara una decisión que los cuotaparticipes estimaran lesiva para sus intereses (como podría ser, ciertamente, la exclusión de su derecho de suscripción preferente de nuevas cuotas) la única vía a que se verían abocados dichos cuotaparticipes para hacer efectivo su derecho sería el recurso a los órganos jurisdiccionales. El mecanismo previsto en el artículo 10.2 contiene una importante contribución para dirimir posibles conflictos de este tipo, en términos no contenciosos".

Sucede, sin embargo, que la solución adoptada por el Real Decreto 302/2004 en el precepto ahora examinado no es que "contribuya a dirimir" el conflicto entre la Caja y los cuotaparticipes, sino que lo suprime de raíz dando primacía en la decisión correspondiente a la voluntad de éstos sobre la voluntad corporativa de la Caja de Ahorros.

Finalmente, debemos recordar que el órgano emisor puede suprimir total o parcialmente el derecho de suscripción preferente bajo una serie de condiciones o cautelas previstas en el mismo apartado 2, letras a y b), del artículo 10 del Real Decreto 302/2004, que ni han sido impugnadas ni se revelan contrarias al designio legal, incluidas las que se refieren al "valor teórico de los derechos que se pretenden suprimir". Por razones de congruencia procesal no es este el momento de hacer consideraciones adicionales sobre las cuestiones que suscitaba el Consejo de Estado en su dictamen respecto de "las posibles fórmulas en virtud de las cuales se mantenga indemne el contenido patrimonial del cuotaparticipes y la fórmula a

Rec. 1.55/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

11/11/2005

seguro para su objetiva valoración", esto es, sobre cuestiones sustantivas ajenas en sí mismas a lo que es objeto de impugnación, limitada a la intervención decisiva del sindicato de cuotapartícipes en la adopción del acuerdo por parte del órgano emisor.

Undécimo.- El artículo 12 del Real Decreto 302/2004 dispone en su apartado primero lo siguiente:

"1. La amortización anticipada de las cuotas en casos diferentes a los previstos en el último párrafo del apartado 4 del artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, y en el apartado siguiente, requerirá el correspondiente acuerdo de la asamblea general de la caja, así como el cumplimiento de las garantías y plazos previstos en la Ley de Sociedades Anónimas para los acuerdos de reducción de capital. El acuerdo deberá obtener la autorización del Banco de España para su ejecución, así como la aprobación del sindicato de cuotapartícipes en caso de que éste exista."

De nuevo es tan sólo este último inciso (la exigencia de que el sindicato de cuotapartícipes, en caso de que exista, apruebe la amortización anticipada de cuotas) el impugnado por los demandantes con argumentos similares a los expuestos respecto de la supresión del derecho de suscripción preferente. Tanto el Abogado del Estado como la Confederación Española de Cajas de Ahorros se oponen a dichos argumentos repitiendo, por su parte, los suyos contra aquéllos.

Dados, pues, los términos del debate y que el análisis de unos argumentos y otros nos ha conducido a la estimación del recurso en cuanto a la supresión del derecho de suscripción preferente, lo mismo hemos de hacer respecto de la amortización anticipada ordinaria (la automática, derivada de lo dispuesto en el último párrafo del apartado 4 del artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, no requería de suyo la aprobación del mencionado sindicato, como tampoco la amortización en los casos de fusión y exceso de autocartera por encima del cinco por ciento, a la que se refiere el apartado 9 del referido artículo 7).

En efecto, si es cierto que en este caso el Real Decreto 302/2004

Rec. 1/5/2004.



somete la amortización anticipada de cuotas participativas al cumplimiento de las garantías y plazos previstos en la Ley de Sociedades Anónimas para la reducción de capital, la aplicación de dichas normas no puede ir más allá de los límites impuestos por la Ley 44/2002 que, como ya hemos reiterado, impide otorgar derechos políticos a los cotaparticipes. Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que dicha Ley sí ha regulado de manera expresa el derecho de éstos a obtener, en determinados casos de amortización, el "valor de mercado de las cuotas participativas", precisando acto seguido qué ha de entenderse por tal (apartado 4 del repetido artículo 7).

Duodécimo.- Ha lugar, por lo tanto, a la parcial estimación del recurso, sin imposición de costas al no concurrir temeridad o mala fe en las partes del proceso.

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

FALLAMOS

Primero.- Estimar en parte el recurso interpuesto por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras y D. Francisco Javier Losantos García y D. Francisco Baquero Noriega (Consejeros Generales de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid por el Sector de los Impositores), D. José María Martínez López, D^a. Pilar del Corral Gracia y D. Ángel Corrales Martín (Consejeros Generales de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid por el Sector de Empleados), D. Joan Sierra Fatjo, D. Manuel García Biel, D. Jordi Molina Bel, D. Luis Lumbreras Palomares, D. Luis López Yuves, D. Josep Francesc Zaragoza Alba, D^a. María Rosario Castán Expósito, D. Emilio Ramírez López, D. Forenti Jorge Machado, D. Francesc Moya Jiménez, D. Carles Hijos Mateu y D^a. Macía Bibiloni Cliver (Consejeros de la Caja de Ahorro y Pensiones de Barcelona -La Caixa- por el Grupo de Empleados), D. Joan Santo Cots (Consejero de Caixa Penedés por el Grupo de Empleados), D. Luis Alfonso Carmelo López Díez

Rec. 1.55/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

(Consejero General de Caja de Ahorros de Salamanca y Soria en representación del Grupo de Empleados), D. José Luis Celatas Pellejero (Consejero General de la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja por el Grupo de Empleados), D^a. Rosa Berges Acedo, D^a. Ana María Barral Fernández, D^a. Isabel Frejo Bolado, D. José Segura Bernal, D. Rubén García López, D. Rafael Aljama Alcántara y D. Ángel Monge Conal (Consejeros del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla por el Grupo de Empleados), D^a. María Elvira Trula Basurto, D. Silvino José Sariego Rodríguez y D. Alfonso Díez Prieto (Consejeros de Caja de Ahorros de Santander y Cantabria por el Grupo de Empleados), D. Pedro Granados Navas y D. José Márquez García (Consejeros de La Caja de Ahorros General de Granada por el Grupo de Empleados), D. Antonio Eduardo Camacho Torquemada, D. José María Fera Rubio, D. José Carlos González Lorente, D^a. Isabel Lara Hidalgo, D^a. Estrella Marín Maqueda y D. Rafael Paladini Turullis (Consejeros de la Caja de San Fernando de Sevilla y Jerez por el Grupo de los Empleados), D. Andrés Francisco Portero Sánchez, D. Juan Pedro González Fernández y D. José Luis Cid Jiménez (Consejeros de Unicaja por el Grupo de Empleados), D. Ramón Revuelta García (Consejero de la Caja de Ahorros de San Sebastián y Guipúzcoa -Kutxa- por el Grupo de Empleados), D. Víctor Carlos García Vega (Consejero de la Bilbao Bizkaia Kutxa -BBK- por el Grupo de Empleados), D. Eduardo Martínez de Soria Fernández (Consejero de la Caja Vital Kutxa por el Grupo de Empleados), D. Félix Miguel Morales Serrano, D^a. María Margarita Jiménez Guerrero, D^a. Francisca Ureña Gálvez y D^a. María Del Carmen Sigler Moreno (Consejeros de la Caja de Ahorros de Jaén por el Grupo de Empleados) y D. Juan Balsera Santos (Consejero de Caja Sur por el Grupo de Empleados) contra el Real Decreto número 302/2004, de 20 de febrero, sobre Cuotas Participativas de las Cajas de Ahorro.

Segundo.- Anular, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, los siguientes preceptos del citado Real Decreto:

A.) La letra c) del apartado 2 del artículo 10, que somete la validez del acuerdo de supresión del derecho de suscripción preferente de los cuotapartícipes a la "aprobación, en caso de que exista, del sindicato de

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Rec. 1/55/2004.

cuotaparticipes".

B) El inciso final del apartado 1 del artículo 12, que requiere la "aprobación del sindicato de cuotaparticipes, en caso de que éste exista" para la amortización anticipada de las cuotas.

Tercero.- Desestimar el resto de las pretensiones actoras.

Cuarto.- No hacer imposición de costas.

Quinto.- Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado a los efectos previstos en el artículo 72 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados.

VOTO PARTICULAR

FECIA:26/10/2005

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ EN EL RECURSO Nº 55/2004, CONTRA EL REAL DECRETO 302/2004, DE 20 DE FEBRERO, SOBRE CUOTAS PARTICIPATIVAS DE LAS CAJAS DE AHORRO.

Disiento respetuosamente del voto mayoritario en cuanto a la nulidad del artículo 10.2.c) y del artículo 12.1 del Real Decreto 302/2004. Entiendo que la pretensión debió ser desestimada por la siguiente razón:

El artículo 7.4.a) de la Ley 13/85 de 25 de mayo, de Eficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, en su redacción dada por La Ley 4-/2002 de 22 de noviembre, de Medidas del Sistema Financiero, confiere a los titulares de cuotas participativas entre otros derechos de carácter económico el de "suscripción preferente de cuotas participativas en nuevas emisiones, sin

Rec. 1.55/2004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

perjuicio de su supresión en los términos legalmente previstos'.

Como señala el Banco de España en su informe:

"[...] Una de las condiciones esenciales para favorecer el éxito de este nuevo instrumento de capital es que el desarrollo reglamentario que ahora se aborda, al mismo tiempo que respeta las condiciones esenciales fijadas por la Ley (ausencia de derechos políticos y retribución en manos de la Caja), no agrave, e incluso minimice en lo posible, el desequilibrio fundamental entre los derechos de la Caja y los partícipes que reflejan aquellas condiciones. Un aumento en ese desequilibrio encarecería la captación de estos recursos e incluso podría eliminar a los inversores institucionales de los posibles interesados, poniendo en peligro la liquidez del instrumento y con ella todo el esquema legal diseñado. [...] Por ello no parece adecuado que [...] se permita a la caja, sin contar necesariamente con los partícipes: suprimir su derecho de suscripción preferente (art. 10); amortizar anticipadamente las cuotas (art. 12); o distribuir su fondo de reserva (art. 14.2)".

De éste informe, claramente se deduce la inoponibilidad de la supresión desde el punto de vista financiero. Pero es que además hay aspectos jurídicos que hacen inviable tal supresión.

La suscripción preferente es un derecho reconocido por una norma con rango de Ley, cuya supresión solo sería posible a través de una norma de igual jerarquía, pues si eso se realizase por norma inferior ésta sería nula por infracción del principio de jerarquía normativa.

Al artículo 10.2 del Real Decreto impugnado, tal cual se encuentra redactado en su conjunto, no puede achacársele esa infracción, pues, aunque regula la supresión del derecho de suscripción preferente de cuotas participativas, se preocupa de establecer la cláusula c) que, en cierto modo, supone la renuncia por sus titulares de su derecho, conforme a la regla de derecho de universal reconocimiento, de que los derechos son renunciables, salvo que la renuncia sea contraria a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres. Es decir, aunque está regulando la supresión del derecho, lo hace con base en la voluntad de su titular o de sus representantes, por lo que desde este punto de vista, no puede decirse que sea ilegal.

Ahora bien, la sentencia al suprimir ese apartado permite la subsistencia de un precepto que regula la supresión del derecho sin la voluntad de sus titulares, lo que evidentemente no puede hacer, porque ello correspondería en cualquier caso sólo al legislador, que es el que tiene la jerarquía adecuada para ello.

En consecuencia, un precepto que es legal si se contempla en su conjunto devendría ilegal si se le suprime el último párrafo. Ante esta disyuntiva, hubiese sido preferible, aunque tampoco comparto esta posición, la anulación total del precepto, como ya deja entrever el Consejo de Estado en su dictamen.

Rec. 1/55/004.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Mi voto postula por la desestimación de la pretensión anulatoria de la demanda, que por los mismos razonamientos debe extenderse al art. 12.1.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia con su voto particular por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.