



Roj: **SAP B 3535/2016 - ECLI: ES:APB:2016:3535**

Id Cendoj: **08019370152016100073**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **31/03/2016**

Nº de Recurso: **95/2015**

Nº de Resolución: **76/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN DECIMOQUINTA**

Rollo núm. 95/2015-3ª

Juicio Ordinario núm. 771/2012

Juzgado Mercantil núm. 6 Barcelona

**SENTENCIA núm. 76/2016**

#### **Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

En la ciudad de Barcelona, a treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis.

**VISTOS** en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 6 de esta localidad, por virtud de demanda de Sebastián contra CEM Catalana Inmobiliaria, S.L. y SOCIMA Sociedad Industrial de Matricería, S.L., pendientes en esta instancia al haber apelado el demandante la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 16 de junio de 2014.

Han comparecido en esta alzada el apelante Sebastián, representado por el procurador de los tribunales Sr. Feixó y defendido por el letrado Sr. Uribe, así como CEM Catalana Inmobiliaria, S.L. y SOCIMA Sociedad Industrial de Matricería, S.L. en calidad de apeladas, representadas por el procurador Sr. Huguet y defendidas por el letrado Sr. García Madorell.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « *Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Sebastián, representado por el procurador sr. Feixó Bergadá, contra las sociedades compañía SOCIMA SOCIEDAD INDUSTRIAL DE MATRICERIA, S.L. y CEM CATALANA INMOBILIARIA, S.L., representados por el procurador sr. Huguet Fornaguera. Ello con imposición de las costas causadas a la parte demandante* ».

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Sebastián. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 21 de enero pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN, presidente de la Sección.



## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto que enfrenta a las partes en esta instancia

1. Sebastián , en su calidad de socio de CEM Catalana Inmobiliaria, S.L. (en lo sucesivo, CEM) y SOCIMA Sociedad Industrial de Matricería, S.L. (en lo sucesivo, SOCIMA), sociedades en las que ostenta una participación del capital social del 47,39 %, impugnó los acuerdos sociales adoptados en las juntas de 24 de agosto de 2012, consistentes en la modificación del punto de los estatutos relativo al órgano de administración (para pasar de 3 administradores mancomunados a 2) y en el cese y nombramiento de los administradores.

Los motivos que justifican la impugnación son los siguientes:

a) Los acuerdos adoptados son contrarios a la ley, concretamente, a lo establecido en el art. 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), por cuanto lo que han pretendido los dos socios que ostentan la mayoría del capital social ha sido, en realidad, privarle de toda participación en los beneficios, ya que existía entre los socios un pacto de que el reparto de los beneficios se hiciera en forma de retribución a los integrantes del órgano de administración, práctica que han seguido manteniendo los socios administradores.

b) Subsidiariamente se afirma que los acuerdos son anulables por ser contrarios al interés social en beneficio de varios de los socios.

2. Las demandadas se opusieron a la acción ejercitada alegando, en sustancia:

a) Los acuerdos impugnados no son contrarios a la ley por cuanto fueron aprobados con el voto favorable del 52,611 % del capital social, sin que el demandante acudiera a las juntas generales en las que fueron adoptados.

b) No es cierto que se haya privado al demandante de la participación en los beneficios, sino que ha seguido percibiéndolos con posterioridad.

c) Existía causa justificada para el cese como administrador del demandante, por cuanto había perjudicado a SOCIMA con sus decisiones, al haber bloqueado su funcionamiento no contratando el personal necesario, ni la adquisición de la materia prima o la reparación y mantenimiento de la maquinaria.

d) Los acuerdos adoptados no incurren en ninguna causa de anulabilidad.

3. La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda considerando que no se podía considerar acreditado que se hubiera privado al socio de su participación en el reparto de las ganancias sociales y en el reparto del patrimonio resultante de una eventual liquidación. Tampoco considera acreditado el pacto parasocial, de carácter verbal, que según el demandante resultó infringido por los acuerdos adoptados al separarle de la gestión social. En cuanto a la acción de anulabilidad, tampoco considera acreditado que los acuerdos alcanzados fueran perjudiciales para el interés social o bien que existiera abuso de derecho.

4. El recurso del Sr. Sebastián insiste en la existencia de un pacto no escrito entre socios, vigente desde mucho antes de la constitución de estas sociedades, por virtud del cual no se repartían beneficios de forma distinta que a través de la retribución salarial que se fijaban los administradores, con la única salvedad de un reparto que se produjo durante el año 1992. Esas retribuciones no tenían en cuenta el trabajo desempeñado sino solo su participación en el capital. Y también existía un pacto de gestión mancomunada entre los tres socios, lo que explica el contenido establecido en los estatutos. Tras la salida del Sr. Sebastián , en 2013, la retribución de los administradores ha crecido notablemente, a pesar de que nada lo justifica.

Y como concretos motivos de discrepancia el recurso expresa los siguientes:

a) Valoración absurda, ilógica e irrazonable de la prueba, que se pone en relación con los motivos del cese del Sr. Sebastián como administrador.

b) Error en la valoración de la prueba en relación con si se ha privado o no al actor del reparto de las ganancias sociales.

c) Error a la hora de apreciar los motivos aducidos para justificar los acuerdos adoptados en las juntas recurridas.

d) Una correcta valoración de la prueba, afirma el recurso, debió llevar a estimar como acreditado que el reparto de las ganancias repartibles se hacía a través de las retribuciones salariales y asimismo a la existencia de un pacto entre socios relativo a la gestión de las dos sociedades.

### SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto al conflicto

5. La resolución recurrida considera que son hechos sustanciales que enmarcan el conflicto que enfrenta a las partes los siguientes:



- a) El demandante Sr. Sebastián es titular en cada una de las sociedades del 47,39 % de las participaciones sociales. Otro porcentaje igual corresponde al Sr. Benigno y el restante 5,223 % corresponde al Sr. Daniel .
- b) Los referidos socios tenían entre sí buena relación personal desde varios decenios antes, al haber coincidido prestando servicios laborales para SEAT, sociedad de la que marcharon para instalarse por su cuenta. Habían constituido entre sí diversas sociedades en cuya gestión participaban de forma conjunta e incluso se había llegado a abonar la retribución pactada incluso en el caso de situaciones de baja laboral de algunos de los administradores.
- c) Ambas sociedades, SOCIMA y CEM, fueron constituidas el 29 de noviembre de 2010, previa transformación, fusión y escisión de otras sociedades anteriores también constituidas por los tres mismos socios.
- d) Los socios acordaron la administración conjunta y mancomunada de las dos sociedades y que sus retribuciones laborales fueran similares y en atención a la participación social.
- e) En SOCIMA prestaban servicios laborales diversos parientes del demandante Sr. Sebastián .
- f) Durante el año 2012 habían surgido entre los socios diversas desavenencias que dieron lugar a que se señalara la junta general cuyos acuerdos son objeto de impugnación, con el propósito de apartar al socio Sr. Sebastián de la gestión social.
- g) En fecha 26 de septiembre de 2012, después de la adopción de los acuerdos impugnados, el Sr. Sebastián ejerció el derecho de separación.

### **TERCERO. Sobre la existencia del pacto parasocial que la demanda invoca**

**6.** La cuestión esencial que planteó la demanda de impugnación que dio origen al pleito del que dimana el presente recurso fue la nulidad de los acuerdos sociales adoptados por la mayoría, acuerdos que el socio minoritario estima perjudiciales para sus derechos y que afirma que comportan una vulneración del pacto entre socios por virtud del cual en las sociedades demandadas no se repartirían beneficios y, a cambio, los socios serían convenientemente retribuidos mediante unos generosos emolumentos por los servicios que prestaban a la sociedad, que fueron de común acuerdo estipulando a su conveniencia.

**7.** En sustancia, los mismos términos del conflicto se reproducen en esta instancia, de manera que, antes de proceder a dar concreta respuesta a las concretas cuestiones que plantea el recurso, estimamos que debemos examinar si la presunta violación del pacto parasocial puede tener la repercusión que pretende la demanda, esto es, determinar la nulidad de los acuerdos sociales adoptados incumplidos. Ello nos obliga a comenzar nuestro examen por la cuestión de hecho relativa a si podemos considerar acreditada la existencia del pacto entre socios que la demanda invoca como vulnerado y a cuál es su alcance efectivo.

**8.** El pacto social que la demanda esgrime que resulta vulnerado con los acuerdos sociales adoptados es el relativo al reparto de los dividendos. La demanda afirma que, por acuerdo no escrito entre los socios, no se distribuían dividendos con este carácter sino que se procedía al reparto de los beneficios entre los socios asignándolos como pago de retribuciones a los administradores por los servicios prestados a las sociedades. Y la vulneración del referido pacto procedería del hecho de que, al haberle cesado como administrador y no prestar tampoco otros servicios para las sociedades, se le habrían dejado de pagar las retribuciones a través de las cuales se llevaba a cabo el reparto de los dividendos, que han pasado a percibirlos en exclusiva los otros dos socios.

Según la demanda, el referido pacto no se había llegado nunca a formalizar por escrito sino que era verbal, si bien se había respetado siempre entre los tres socios con una única salvedad, en el año 1992, único ejercicio en el que se habían repartido dividendos como tales. Por tanto, no solo se había cumplido el pacto desde la constitución de estas sociedades en el año 2010 sino también antes, en las demás sociedades que los socios habían constituido con igual distribución de las participaciones sociales o de las acciones.

**9.** Las demandadas, si bien negaron la existencia del pacto entre socios, no negaron que se hubieran repartido beneficios en forma distinta que a través de las retribuciones. Se limitaron a afirmar que tales retribuciones eran justa contraprestación por el trabajo realizado por los socios para las sociedades. Y únicamente hacen referencia las demandadas al pago de dividendos en una ocasión, posterior al cese del Sr. Sebastián como administrador (52.413 euros que le fueron pagados en fecha 10 de octubre de 2012).

A partir de esos datos hemos de concluir que está probada la existencia de un acuerdo entre los socios relativo al reparto de los dividendos. Resulta irrelevante a estos efectos el pago de los dividendos posterior al momento de adopción de los acuerdos. Lo relevante, nos parece, es que las demandadas ni siquiera se han molestado en negar que fuera cierto que no habían repartido beneficios desde su constitución y tampoco que esa fuera la práctica seguida durante los dos decenios anteriores en las sociedades que las habían antecedido, con



idéntica participación social. A ello debe añadirse que le resultaba muy fácil a las demandadas contradecir esa alegación fáctica, pues le bastaba con indicar cuándo y cómo se había producido el reparto de dividendos como tal, esto es, al margen del ajuste de las retribuciones a los administradores.

No precisamos, por tanto, acudir a ningún medio de prueba para llegar a esa conclusión, que nos parece evidente.

**10.** A ello debemos añadir que la prueba practicada en esta instancia a propuesta del demandante permite ratificar esa conclusión. Tal y como afirma el recurrente, analizando los documentos aportados al rollo por las demandadas, y según hemos podido comprobar a partir de su posterior examen, en la carpeta señalada como "190 doc. 3" obra aportada la cuenta de explotación de MAC, S.A., DECAD, S.A. y SOCIMA, S.A.-S.L. y se detallan las retribuciones de los tres socios (incluidas sus esposas) en el periodo 2004-2011, con el siguiente detalle:

a) Los Sres. Sebastián y Benigno , socios con idéntico porcentaje, han percibido siempre las mismas cantidades, a saber:

2004

549.870

2005

537.361

2006

503.271

2007

505.254

2008

285.115

2009

137.475

2010

124.996

2011

124.996

b) Durante esos mismos años la retribución del Sr. Daniel fue la siguiente:

2004

214.539

2005

188.453

2006

126.382

2007

113.462

2008

98.752

2009

47.573

2010

70.006



2011

70.006

11. De esos datos creemos que es sobresaliente señalar dos circunstancias:

Primera, que no existe en el importe de las retribuciones anuales una proyección lógica, esto es, su importe varía cada año sin corresponder a una lógica interna que pueda estar relacionada con el efectivo trabajo desarrollado por cada uno de los administradores. Más bien parece que el importe se adecúa a los resultados obtenidos en cada ejercicio, como sostiene el demandante. A esa conclusión se llega porque no tiene fácil explicación una retribución tan elevada durante los años 2004 a 2007 y tampoco la importante disminución experimentada a partir de 2008, datos todos ellos que no son usuales en un sistema de retribuciones y que no han sido explicados por las demandadas.

Segunda, la distinta participación entre los Sres. Sebastián y Benigno , por un lado, y Daniel , por otro, a pesar de que el demandante afirma que realizaban trabajos similares y esa alegación no se ha contradicho. Este dato abona la idea de que esa distinta retribución corresponde a que no solo se estaban retribuyendo servicios sino también repartiendo beneficios entre los socios-administradores, a pesar de que la desproporción no corresponda exactamente con la concreta participación de cada socio.

12. En suma, todos esos datos creemos que son indicativos de la existencia de al menos una práctica de más de veinte años de antigüedad de acuerdo con la cual el reparto de los beneficios en las sociedades en las que participaban los tres socios se llevaría a cabo a través de la fijación de sus retribuciones anuales.

13. La cuestión es si basta la existencia de esa práctica tan prolongada para estimar acreditada la existencia de un pacto parasocial entre los socios. No toda práctica seguida entre los socios, por más que haya sido reiterada, equivale a la existencia de un verdadero pacto parasocial. El pacto equivale a la voluntad concorde de los socios de obligarse para el futuro; y la simple práctica no implica esa voluntad de obligarse para el futuro, de forma que puede dejar de ser seguida cuando se modifiquen las circunstancias.

14. En el supuesto que enjuiciamos **tenemos datos suficientes para considerar acreditada la existencia de una práctica** a la que se atuvieron los socios durante un largo periodo de tiempo, pero aceptamos que es más dudoso que esa práctica sea indicativa de un verdadero pacto entre socios. No obstante, el hecho de que los socios hubieran ligado algo tan esencial como es el reparto de los beneficios con el desempeño del cargo de administrador nos hace decantarnos por la idea de que estamos ante un verdadero pacto de socios, aunque de carácter verbal. En suma, creemos que el acto constitutivo de estas nuevas sociedades, producido en noviembre de 2010, se asienta precisamente sobre la base de ese acuerdo tácito entre los socios que había venido rigiendo el funcionamiento de sus otros acuerdos asociativos.

Por tanto, al aprobarse los acuerdos impugnados podemos hablar de ruptura de un pacto entre socios.

#### **CUARTO. Sobre las consecuencias de la infracción de un pacto parasocial al aprobar acuerdos sociales**

15. Señala la STS de 6 de marzo de 2009 (rec. 700/2004 ) que « *los pactos parasociales (...) son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad* ». Y la STS de 23 de marzo de 2012 indica que « *los pactos parasociales (...) no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias, de ahí su utilidad, sino a los límites previstos en el art. 1255 Cc* ».

16. La eficacia de los pactos entre socios frente a la sociedad es una cuestión controvertida. El punto de partida lo establece el art. 29 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) que establece que los pactos que los socios mantengan reservados no son oponibles a la sociedad. No obstante, en aquellos casos en los que el pacto esté suscrito por todos los socios, como ocurre en nuestro caso, la doctrina ha admitido de forma mayoritaria que el pacto es oponible a la sociedad. En ese sentido, se ha afirmado que la sociedad deja de ser un tercero ajeno e independiente a ese pacto.

17. El TS ha venido afirmando, de forma coincidente en las Sentencia de 10 de diciembre de 2009 , 5 de marzo de 2009 , 6 de marzo de 2009 (rec. 700/2004 ) y 6 de marzo de 2009 (rec. 368/2004 ) que la contravención por los órganos sociales de unos pactos privados entre los socios no es causa suficiente para impugnar el acuerdo adoptado. Una de esas resoluciones, la STS 138/2009, de 6 de marzo , afirma que la mera infracción del convenio parasocial no basta, por si sola, para la anulación del acuerdo impugnado ( SSTS de 10 de diciembre de 2008 y 2 de marzo de 2009 ).

18. No obstante, de ahí no se deriva la idea de que para la jurisprudencia no es posible garantizar la efectividad de lo pactado entre los socios cuando su infracción es el motivo de fondo que justifica la impugnación de los acuerdos sociales, sino exclusivamente que no basta con la mera infracción del pacto entre socios. Pero es



preciso dar un paso más y determinar si esa vulneración del pacto resulta incardinable dentro de las concretas causas que permiten fundar la impugnación de los acuerdos sociales.

La demanda fue consciente de ello y no se limita a invocar la violación del pacto entre socios como motivo directo de la impugnación sino que lo esgrime como motivo de fondo con el que se justifican las concretas causas de la impugnación.

**19.** Los motivos legales de impugnación son los que expresa el art. 204.1 LSC, concretamente, los siguientes:

a) La violación de la ley, como causa de nulidad. Y respecto de este motivo la demanda argumenta que con los acuerdos adoptados se ha querido privar al socio impugnante del derecho al dividendo, violando con ello lo establecido en el art. 93 LSC.

b) Como causas de anulabilidad, la violación del interés social y el abuso de derecho. Estas son las causas a las que según la doctrina y la jurisprudencia debe acudir para soslayar el inconveniente que plantea nuestra legislación al no contemplar la violación del pacto como causa directa de impugnación.

A continuación argumentamos sobre cada uno de esos motivos de impugnación.

#### **QUINTO. Sobre la violación de la ley**

**20.** La demanda alegaba que los acuerdos adoptados, aunque relativos al órgano de administración, habían comportado *de facto* la privación del derecho del socio a la retribución que se consagra en el art. 93 LSC, así como del derecho a participar en la gestión social.

**21.** No creemos que concurra esta causa de nulidad. Aunque indirectamente los acuerdos adoptados con el voto favorable de la mayoría puedan producir el efecto de afectar al derecho a repartir dividendos o alterar la forma de participar en la gestión social por parte del socio recurrente, no creemos que ese sea un efecto directo de los acuerdos sociales. El derecho a obtener el dividendo lo sigue ostentando el socio, aunque haya perdido la condición de administrador. No obstante, somos conscientes de que existe un importante riesgo de que la finalidad última de los acuerdos sociales adoptados pudiera consistir precisamente en la obstaculización de esa percepción por parte del socio que ha quedado en minoría y excluido del órgano de administración, de ello no se deriva que los acuerdos determinen por sí mismos la privación de ese derecho, única situación que supondría una violación de la norma en examen.

**22.** Los socios que integran la mayoría han de ser conscientes de lo que significa la ruptura de la práctica que de común acuerdo venían siguiendo los socios en la distribución de los beneficios sociales y, roto ese consenso, habrán de dejar de aplicarla y atenerse a las normas legales sobre distribución de dividendos y también sobre fijación de la retribución de los administradores, para evitar el riesgo de incurrir en abuso de la mayoría sobre la minoría, que constituye un supuesto de infracción del interés social, según se deriva con claridad de la actual redacción del art. 204.1 LSC.

En suma, el socio excluido de la gestión conserva el derecho de impugnar las cuentas anuales y con ello de la retribución fijada a los administradores de la sociedad, que no podrá seguir siendo un instrumento de reparto de los dividendos y deberá acomodarse a las exigencias legales.

**23.** Y lo mismo cabe decir respecto del derecho de participación del socio en la gestión social. Es obvio que los acuerdos adoptados han modificado la forma en la que se venía produciendo la participación en la gestión, pero de ello no se deriva la violación de la norma legal sino solo de la práctica seguida entre los socios. El socio conserva intacto su derecho a participar en la gestión social, solo que como socio, que es lo que la norma invocada protege.

Por tanto, y sin perjuicio de que los acuerdos puedan ser nulos por otra causa, no lo pueden ser por la que ahora examinamos.

#### **QUINTO. Acuerdos contrarios al interés social**

**24.** Como hemos anticipado, subsidiariamente, para el caso de no prosperar la acción de nulidad, la demanda ejercitó la acción de anulabilidad con un doble fundamento: (i) lesionar los acuerdos adoptados el interés social en beneficio de uno o varios socios; y (ii) abuso de derecho.

**25.** El socio impugnante justificaba su invocación con la cita de la STS de 7 de diciembre de 2011 que considera el interés social como la suma de los intereses particulares de los socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social. Y sostiene, con fundamento en la doctrina que sienta tal resolución, que los acuerdos de la mayoría, que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas y perjudican a los



minoritarios, son abusivos y deben entenderse como contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría.

**26.** Se justifica por la demanda la aplicación de esa doctrina por el hecho de que el Sr. Sebastián había venido siendo durante los años anteriores a que se adoptaran los acuerdos impugnados el único gestor de hecho de las sociedades y su gestión había determinado su crecimiento incluso en un contexto de crisis económica. Es por ello por lo que estima que los acuerdos impugnados solo podían repercutir en perjuicio del interés social.

**27.** Las demandadas cuestionan esas alegaciones argumentando que la gestión del Sr. Sebastián había sido deficiente y había colapsado el adecuado funcionamiento de las sociedades, pues se había negado a contratar el personal necesario, así como a llevar a cabo trabajos de mantenimiento necesarios y a hacer los pedidos de materia prima que exigía la adecuada continuación de los trabajos.

### Valoración del tribunal

Sobre las razones del cese del Sr. Sebastián como administrador

**28.** Las propias alegaciones de las demandadas nos llevan a estimar que no existía una razón clara y justificada para que los socios integrantes de la mayoría acordaran apartar de la gestión al Sr. Sebastián, pues omiten un dato esencial, que también los Sres. Benigno y Daniel ostentaban el cargo de administradores en el momento de la adopción de los acuerdos y durante todos los años anteriores y habrían podido imponer su criterio conjunto en la gestión de la sociedad al criterio del Sr. Sebastián sin necesidad de cesarle como administrador. De hecho, su concurso (al menos el de uno de ellos) era imprescindible para los actos de gestión del tercer administrador y hubiera bastado que conjuntamente los Sres. Benigno y Daniel ejercitaran las facultades que ostentaban (y que probablemente no ejercían de hecho, como afirma el demandante) para llevar a cabo los actos de gestión que como administradores hubieran deseado, pues bastaba con la voluntad concorde de dos de los tres administradores. Solo por su apartamiento de hecho del día a día de la gestión se puede explicar razonablemente que hubieran de acudir a una solución tan extrema como la que consensuaron para, presuntamente, resolver los problemas que la gestión del Sr. Sebastián habría ocasionado.

**29.** Por tanto, en nuestra interpretación, no existía una causa objetiva que pudiera justificar la decisión de la junta, de forma que resultara enervada la invocación que hace el demandante de que el acto de apartarle de la gestión era objetivamente contrario al interés social. De forma que la única explicación que nos representamos como posible es la que apunta la demanda, esto es, que la decisión de cesar al Sr. Sebastián obedeciera a un simple desencuentro de carácter personal entre los socios.

Sobre el concepto de interés social

**30.** Como afirma la STS de 7 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 9284/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9284) «... no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 febrero 1991, según la que "[e]n torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una «institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social", a esa clasificación cabe añadir otras -monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc.».

**31.** La misma sentencia del TS que acabamos de referir menciona que, si bien el artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio (hoy 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), parecía inclinarse por un concepto institucionalista -"[l]os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad..." -, sin embargo, la jurisprudencia no deja de tener en consideración criterios contractualistas. Así, STS de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como "el interés común de los socios", y la STS 186/2006, de 7 marzo, con cita de la de 11 de noviembre de 1983, que "éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos"-.

**32.** También la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores opta por una interpretación contractualista que pone énfasis "en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común" que responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a "la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa".



**33.** Y, como recuerda la STS de 7 de diciembre de 2011 , antes citada, « *los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil , son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992 , 1136/2008, de 10 de diciembre , y 770/2011 , de 10 de noviembre -».*

**34.** Y, tratándose de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, ha sostenido nuestro Tribunal Supremo (en la resolución citada en el apartado anterior, de 7 de diciembre de 2011) que aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios -a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg-, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo , que " *[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría "*.

**35.** En el mismo sentido, la redacción actual del art. 204.1 LSC, tras la reforma operada por Ley 31/2014, de 3 de diciembre , ha introducido un párrafo 2.º que dispone lo siguiente: « *(l)a lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios ».*

Aunque tal norma no resulte de directa aplicación al caso por razones temporales, sí creemos que tiene una eficacia interpretativa del derecho anterior, en la medida en que el legislador no ha hecho otra cosa que trasladar al texto normativo lo que ya era un criterio jurisprudencial asentado.

**36.** A ello es preciso añadir que, según una opinión doctrinal muy cualificada, la finalidad del pacto entre socios en los supuestos de coincidencia subjetiva entre el pacto extraestatutario y los estatutos es la misma, es decir, velar por el interés social. Por esta razón, es posible aplicar de forma analógica la causa de impugnación de los acuerdos sociales cuando éstos sean contrarios al interés social, puesto que el acuerdo social que contravenga un pacto parasocial puede ser considerado una vulneración del interés social. En ese sentido se indica por PAZ-ARES que por definición, el acuerdo adoptado en contravención del pacto beneficia a los accionistas que lo incumplen en perjuicio de los accionistas que reclaman su cumplimiento. El beneficio de unos y el perjuicio de otros está en la propia naturaleza de las cosas (*in re ipsa*) .

**37.** Incluso aunque hubiéramos concluido que no existía propiamente pacto entre socios sino una simple (aunque asentada) práctica, las conclusiones a las que llegamos serían las mismas porque creemos que el acuerdo adoptado de modificar el órgano de administración no respondía a una necesidad razonable de la sociedad y se adoptó con la exclusiva finalidad de favorecer el interés propio de una mayoría poco cualificada y en detrimento injustificado de una minoría muy cualificada.

Ya hemos anticipado las razones por las que no existía una justificación razonable y ahora debemos explicitar por qué consideramos que la única finalidad de los acuerdos consistía en perjudicar de forma injustificada al socio Sr. Sebastián (titular de un 47 % de las participaciones) y beneficiar a los dos socios restantes.

En realidad, ya hemos anticipado también en qué consiste esa voluntad de perjuicio, esto es, la finalidad de los acuerdos busca relegar a un socio de la gestión social y dejarle ante una situación de precariedad ante el reparto de los dividendos. Aunque la sociedad haya podido repartir beneficios con posterioridad a la adopción de los acuerdos, creemos que lo relevante es que han existido unas prácticas muy consolidadas de ligar el reparto de los beneficios con el desempeño del cargo de administrador y con sus retribuciones y no creemos que esas prácticas vayan a ser erradicadas a partir de que los acuerdos se adoptaron. Cuando menos, no se adoptaron otros acuerdos de forma simultánea que nos permitan pensar que va a ser así de forma efectiva.

**38.** Es cierto que el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de mayo de 2002 (ROJ: STS 2002/3669 ) ha dicho que " *el cese del administrador como tal de la parte recurrente, nunca podrá catalogarse de abuso de derecho, ya que lo contrario significaría ir en contra el principio democrático y de mayorías que rige el funcionamiento de las sociedades anónima "*. Ahora bien, en este caso, a nuestro juicio, el acuerdo es abusivo, porque la sociedad decidió ligar ese puesto al reparto de beneficios, de manera que si se quiere cesar al administrador,





necesariamente, esa medida deberá ir acompañada de la aplicación de un nuevo régimen en el reparto de beneficios, para garantizar que la mayoría no está abusando de la minoría.

La buena fe exige que la modificación de aquella práctica sea completa y no parcial, en la parte que beneficia a unos accionistas, la mayoría, y perjudica injustificadamente a otros, sin provecho para la sociedad. En este punto, hay que precisar que, como dice el Tribunal Supremo en su Sentencia 991/2011, de 17 de enero de 2012 (ROJ: STS 1686/2012), no es necesario que la lesión del interés de la sociedad sea actual, sino que basta con que sea potencial (fundamento jurídico 63). Literalmente afirma lo siguiente:

*« 63. Por otro lado, en contra de lo que apunta la recurrente, no es preciso que la lesión sea "actual", afirmó la sentencia 641/1997, de 10 de julio, que "no es necesario que el daño o la lesión efectivamente se produzca, y tenga constancia materializada, ya que es suficiente que exista peligro potencial de que se ocasione ( SS. 19 febrero 1991 que cita las de 11 mayo 1968 y 11 noviembre 1980 ). Ello quiere decir que no basta con que subjetivamente se sospeche que se va a causar el daño, pues es necesario que se aporten pruebas objetivas suficientes de las que pueda presumirse o deducirse, en un proceso lógico normal y con racionalidad media, que se ocasionará el resultado negativo advertido y denunciado, con la mayor carga de probabilidad, toda vez que la suposición se proyecta hacia hechos futuros, que precisan del necesario apoyo en actuales y concurrentes"; la 898/2000, de 9 de octubre, que "[r]esulta evidente, como ha declarado la Jurisprudencia, que la lesión para la sociedad a que se refiere el art. 115.1 LSA no tiene que ser actual, y puede consistir en un daño potencial"; y la 400/2007, de 12 de abril, con cita de otras muchas, que "como la lesión de ese interés común normalmente será consecuencia de la ejecución del acuerdo, la jurisprudencia admite la anulación de éste aunque la lesión sea potencial conforme a una previsión o prognosis razonable (...) Por otro lado, al menos en ese grado de probabilidad fundada, ha de probarse la realidad, efectiva o futura, de la lesión para que la impugnación pueda alcanzar éxito (...)» .*

**39.** Pues bien, mantener la validez del acuerdo entraña un daño potencial a los intereses sociales, entendidos como aquellos que respetan razonablemente los de la minoría, en especial cuando esa minoría constituye una parte importante del capital social. Ello nos lleva a estimar el recurso y con él la acción de impugnación de los acuerdos sociales ejercitada en la demandad del Sr. Sebastián .

#### **SEXTO. Costas**

**40.** En cuanto a las costas estimamos que es preciso apartarse del criterio objetivo del vencimiento en las correspondientes a las de la primera instancia, atendidas las dudas de derecho que el caso creemos que plantea, que creemos que han quedado suficientemente explicitadas en nuestra argumentación.

**41.** Y, en cuanto a las del recurso, estimado el mismo, no procede la imposición de las costas, de conformidad con lo que resulta del art. 398 LEC .

#### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Sebastián contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona de fecha 16 de junio de 2014, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos y, en su lugar, con estimación de la demanda de Sebastián frente a CEM Catalana Inmobiliaria, S.L. y SOCIMA Sociedad Industrial de Matricería, S.L., dejamos sin efecto los acuerdos sociales adoptados en la junta general de cada una de las sociedades de 24 de mayo de 2012.

No hacemos imposición de las costas de ninguna de las instancias y ordenamos la devolución del depósito constituido al recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de acpliación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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

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