

Roj: **STS 940/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:940**Id Cendoj: **28079110012009100140**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/03/2009**Nº de Recurso: **368/2004**Nº de Resolución: **128/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por DON Lorenzo , representado por el Procurador de los Tribunales don José Alberto Poggio Morata, contra la Sentencia dictada, el día diez de noviembre de dos mil tres, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la Sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Arona. Es parte recurrida CAMANCHACA, SL, representada por el Procurador de los Tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha de doce de julio de dos mil uno, el Procurador de los Tribunales don Manuel Angel Alvarez Hernández, en representación de don Lorenzo , interpuso, ante el Juzgado Decano de los de Arona y contra Camanchaca, SL, demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales.

Alegó, en síntesis, que las familias Jon e Lorenzo crearon un grupo de sociedades, a partir de Kurt Konrad y Cía, SA, constituida en mil novecientos setenta y tres, con un reparto desigual de las acciones y participaciones entre los dos grupos; que, al fin de evitar los problemas que con el tiempo se fueron planteando, los miembros de las dos familias, presentes o representados, llegaron a un acuerdo, el día viernes de junio de mil novecientos noventa y siete, aplicable a todas las sociedades del grupo, por medio de las modificaciones estatutarias; que según ese pacto (VIII) " *todos los accionistas... se comprometen a actuar en todo momento en beneficio de la sociedad y en base a los principios de cogestión, lealtad y buena fe...* "; que en ejecución del mismo se adoptaron en junta general de Camanchaca, SL acuerdos de modificación, entre otros, del artículo diecinueve de los estatutos, conforme al que la administración de la sociedad correspondía a un consejo de administración de cinco miembros, en el que " *la válida adopción de cualquier acuerdo por el consejo de administración requerirá el voto favorable de cuatro de sus cinco miembros* "; que, para el caso de que " *no se llegara a esa mayoría* " se estableció que " *el presidente convocará de nuevo al consejo de administración y, en esta segunda convocatoria bastará para la válida adopción de acuerdos el voto favorable de tres de sus cinco miembros* "; que de esa regla se exceptuaron los acuerdos de " *designación de cargos entre los miembros del consejo y, específicamente, cualquier transmisión de activos... entre la sociedad y accionistas o miembros del consejo...* ", para los que sería preciso el voto favorable de cuatro de los cinco miembros; que, según el apartado cuarto del mismo artículo estatutario " *el consejo podrá delegar todas sus facultades, excepto las que sean legal o estatutariamente indelegables, en cuatro consejeros delegados, que actuarán mancomunadamente en el acuerdo de delegación, que necesariamente deberá adoptarse con el voto favorable de cuatro consejeros* "; que, en la reunión del consejo celebrada el día veintitrés de junio de mil novecientos noventa y siete, se nombró presidente del órgano a un miembro de la familiar Jon y secretario a otro de la familiar Lorenzo y, además, cuatro consejeros delegados, de modo que dos debían actuar con cualquiera de los otros dos y a la inversa; que el día treinta de julio de mil novecientos noventa y siete - conforme a lo pactado en materia de apoderamientos - un miembro de la familia



Jon y otro de la familia Lorenzo otorgaron poder a favor de un no familiar, don Valentín , para que firmase con otro consejero mancomunado; que el poderdante de la familiar Lorenzo revocó el poder el veintitrés de junio de mil novecientos noventa y ocho y esa revocación fue considerada eficaz por sentencia firme; que, como consecuencia de ello, los actos que había ejecutado dicho apoderado carecían de poder bastante; que se convocó al consejo de administración de Camanchaca, SL, para reunirse el día siete de junio de dos mil uno, sobre cinco puntos del orden del día, de los cuales son impugnados los dos primeros; que el primero de los puntos del orden del día fue el " estudio y ratificación, en su caso, de las actuaciones que eventualmente se pudiera haber realizado en nombre y representación de la sociedad con insuficiencia de representación "; que el segundo punto del orden del día consistió en el " otorgamiento, si procede, de apoderamientos "; que votaron a favor de los dos acuerdos sólo tres vocales del grupo Konrad, por lo que el presidente, en aplicación del artículo 19 de los estatutos abrió la segunda convocatoria, en la que se aprobaron los dos acuerdos , de modo que se ratificaron los actos ejecutados por el apoderado y se nombraron tres apoderados, que eran tres consejeros de la mayoría, a los que se atribuyeron amplias facultades - incluidas las dispositivas - que habrían de ejercitar mancomunadamente en número de dos.

Con esos antecedentes, suplicó que "... se dicte sentencia por la que, estimando la demanda, se declare: a) La nulidad radical y, subsidiariamente, se anule el acuerdo adoptado en el punto primero del orden del día por el Consejo de Administración de Camanchaca, SL, en sus reuniones de los días 7 y 8 de junio de 2001 en primera y segunda convocatoria, respectivamente, por el cual se ratificaban un listado de actuaciones realizadas con insuficiencia de representación.- b) La nulidad radical del acuerdo adoptado en el punto segundo del orden del día por el Consejo de Administración de Camanchaca, SL en sus reuniones de los días 7 y 8 de junio de 2001 en primera y segunda convocatoria, respectivamente, por el cual se confería poder general a Don Rosendo Don Valentín y Don Imanol , y en su consecuencia, en relación con el mismo se proceda a la cancelación de cualquier asiento que haya causado en la Hoja Registral de la sociedad".

SEGUNDO. La demanda se turnó al Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Arona, que la admitió a trámite y mandó emplazar a la sociedad demandada, que se personó en las actuaciones, representada por la Procurador de los Tribunales doña Juana Martínez Ibañez y contestó la demanda, con el suplico siguiente: "...se dicte sentencia por la que 1º) Se desestimen, en su totalidad, las pretensiones deducidas en el escrito de demanda, absolviendo a la demandada respecto a las mismas.- 2º) Se condene en costas a la parte demandante".

TERCERO. Las partes litigantes asistieron a la audiencia previa, en la que solicitaron el recibimiento del pleito a prueba y propusieron la que debía practicarse, que fue admitida y practicada.

CUARTO. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha de treinta de diciembre de dos mil dos , con la siguiente parte dispositiva: " que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Angel Alvarez Hernández en nombre y representación de don Lorenzo y dirigida contra la entidad mercantil Camanchaca, SL debo de absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra, imponiendo las costas causadas en el presente procedimiento a la parte actora".

QUINTO. La sentencia de la primera instancia fue apelada por el demandante. El recurso de admitió y los autos fueron elevados la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en la que se turnaron a la Sección Cuatro, la cual, tramitada la apelación y señalado día para la votación y fallo el cinco de noviembre de dos mil tres, dictó sentencia con fecha de diez de noviembre del mismo año, con la siguiente parte dispositiva: " Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Lorenzo contra la sentencia dictada pro el Juzgado de Primera Instancia numero Cuatro de Arona, en el juicio ordinario seguido al nº 424/01, confirmamos íntegramente dicha resolución, con imposición de las costas generadas en esta alzada a la parte recurrente".

SEXTO. La representación procesal del demandante presentó el día trece de enero de dos mil cuatro escrito de interposición de recurso de casación, que se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que mandó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, por providencia de veintinueve de enero de dos mil cuatro.

El Procurador de los Tribunales don José Luis Ferrer Recuero, en representación de don Lorenzo , presentó ante esta Sala Primera escrito de personación, con fecha de diecinueve de febrero de dos mil cuatro . También lo hizo, con fecha de dos de marzo del mismo año, la demandada Camanchaca, SL, como parte recurrida.

Por auto de esta Sala Primera de seis de noviembre de dos mil siete , se acordó: 1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Lorenzo , contra la sentencia dictada el diez de noviembre de dos mil tres para la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, rollo de apelación nº 479/03, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 424/01 seguidos ante el Juzgado de 1º Instancia número Cuatro de Arona. Y 2º) dar traslado a la parte recurrida para que formalizara oposición por escrito en el plazo de veinte días.



SÉPTIMO. El recurso de casación interpuesto por don Lorenzo se compone de un único motivo.

ÚNICO. Con apoyo en el artículo 477.2.3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de la jurisprudencia sentada por las sentencias de 24 de septiembre de 1.989 y 10 de febrero de 1.992, en cuanto permite oponer a la sociedad los pactos parasocietarios firmados por todos los socios y basar en ellos la impugnación de acuerdos, en relación con los artículos 115.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas - RDL 1.564/1.989, de 22 de diciembre, y 56 de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada.

OCTAVO. Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de Camanchaca, SL, lo impugnó, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

NOVENO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el once de febrero de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El único motivo del recurso de casación interpuesto por el demandante, don Lorenzo, contra la sentencia que, en la segunda instancia, desestimó su demanda de impugnación de dos acuerdos adoptados por el consejo de administración de la sociedad demandada, Camanchaca, SL, plantea la cuestión de decidir sobre la eficacia que, frente a la sociedad, debe atribuirse a un convenio parasocial celebrado anteriormente por todos los socios y, más en concreto, sobre si el alegado incumplimiento del mismo ha de considerarse causa bastante para anular los acuerdos impugnados.

El pacto de que se trata lo perfeccionaron, presentes o representados, todos los socios sin haberse constituido en órgano social. La causa concreta del mismo fue la conveniencia sentida de evitar los conflictos surgidos entre aquellos como consecuencia de estar integrados en dos grupos familiares, con unas participaciones desiguales en el capital de la sociedad. Buscaron mediante el convenio establecer un sistema de cogestión relativa, al dotar al órgano colegiado de administración de una composición que hiciera necesario el voto de un miembro del grupo minoritario.

Lo convenido en tal sentido se llevó a los estatutos de la sociedad, los cuales proclaman que el consejo se compone de cinco miembros - la junta designó en su día tres de una familia y dos de la otra -. También que la mayoría precisa para la adopción de cualquier acuerdo en el seno del referido órgano se logra con el voto favorable de cuatro miembros. Y, finalmente, que la delegación de facultades debe recaer en cuatro consejeros, para que actúen de forma mancomunada, por parejas constituidas por un miembro de cada familia.

El pacto que se identifica en la demanda es, por lo tanto, del tipo de los de sindicación llamados de mando, dirigido a defender a la minoría y, por repercusión, a dotar a la sociedad de estabilidad de funcionamiento, puesta en peligro por anteriores disensiones entre los socios. Además, sus efectos se pactaron para operar en el seno del órgano de administración colegiado - no en la junta de socios - y no para dirigir directamente la gestión social, sino para determinar el régimen de mayorías necesarias para la adopción de acuerdos. Por su contenido se trató de un convenio destinado a tener reflejo en los estatutos sociales - a los que corresponde regular el modo de organizarse la administración de la sociedad, conforme establecen los artículos 13.f) y 57 de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo -.

La impugnación de los acuerdos encuentra su explicación en que los estatutos contienen también una norma supletoria, aplicable en el caso de que la mayoría necesaria para adoptar acuerdos no se logre en la reunión del consejo - cuatro votos de los cinco posibles -. Según dicha regla estatutaria, el presidente está facultado, en ese caso, para convocar de nuevo la reunión, en la que los acuerdos son válidos ya con el " voto favorable de tres de sus cinco miembros ".

Los acuerdos impugnados en la demanda fueron el resultado de la aplicación de esa disposición supletoria, pues se adoptaron con la mayoría de tres miembros - todos del grupo mayoritario - en una reunión que había sido convocada, por segunda vez, por el presidente al no lograr el acuerdo de cuatro miembros en una primera oportunidad.

De ese modo, el consejo ratificó los actos realizados por un apoderado sin poder bastante, a causa de haber sido revocado, por un miembro del grupo minoritario, el conferido - primer acuerdo social -. Y designó tres apoderados, todos del grupo mayoritario, con atribución de amplias facultades - acuerdo social segundo -.

Al impugnar ambos acuerdos, el demandante, miembro de la minoría, invocó el convenio parasocial, destacando su eficacia, con apoyo en los artículos 6, apartado 4, y 7, apartado 2, del Código Civil .



En las dos instancias la impugnación fue desestimada. El Tribunal de apelación decidió en tal sentido tras negar, con carácter general, que la infracción de un convenio como el litigioso permita invalidar unos acuerdos sociales que habían respetado lo establecido literalmente en los estatutos por los que se regía la sociedad.

SEGUNDO. Los pactos parasociales mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos, son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad.

Se refieren a ellos, entre otros, los artículos 42, apartado 1, letra c), del Código de Comercio, 7, apartado 1, del texto refundido de la Ley de sociedades anónimas - Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre -, 11, apartado 2, de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, 60, apartados 1, letra b) y ter, 112 y 116 de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, del mercado de valores.

La jurisprudencia los ha tomado en consideración como negocios jurídicos válidos, entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre de 1.961, 10 de noviembre de 1.962, 28 de septiembre de 1.965, 24 de septiembre de 1.987, 26 de febrero de 1.991, 10 de febrero de 1.992, 18 de marzo de 2.002, 19 de diciembre de 2.007 y 10 de diciembre de 2.008.

No se trata ahora, sin embargo, de determinar si el convenio extrasocietario litigioso fue válido o no, ni siquiera cuales son las consecuencias que de su alegado incumplimiento se derivan para quienes lo hubieran infringido.

Lo que el recurso plantea es la necesidad de decidir si los dos acuerdos sociales impugnados pueden ser declarados nulos o anulados por contravenir, si es que lo hacen, lo pactado por los socios en aquella ocasión.

La impugnación de los acuerdos del consejo de administración de las sociedades de responsabilidad limitada, clase a la que pertenece la demandada, se rige por las normas reguladoras de la de los acuerdos de la junta general de accionistas en el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas - artículo 70, apartado 2, de la Ley 2/1.995 - y, entre ellas, por la del artículo 115, apartado 1, de dicho texto, que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

De la literalidad del referido precepto resulta como consecuencia que la mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social - sentencia de 10 de diciembre de 2.008 -. Lo que, en el supuesto que se enjuicia, caracterizado porque los acuerdos son plenamente conformes con los estatutos y no se han impugnado por lesionar los intereses sociales, implica la necesidad de averiguar si infringieron, además de o junto al pacto, alguna norma jurídica.

TERCERO. En el motivo se acusa la infracción del artículo 56 - por el 70 - de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo, en relación con el 115, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre, y de la jurisprudencia expresada en las sentencias de 24 de septiembre de 1.987 y 10 de febrero de 1.992 que, según el recurrente, " *permite oponer los pactos parasocietarios firmados por todos los socios como fundamento de la impugnación de acuerdos sociales* ".

Alega el demandante que el convenio de que se trata estableció un principio de gestión social compartida que vinculaba a los socios, a los consejeros y a la propia sociedad, con independencia de cual hubiera sido su reflejo estatutario. Añade que, en concreto, los acuerdos de ratificación de los actos ejecutados por un apoderado sin poder suficiente y de atribución de poderes, por tres, en lugar de cuatro, consejeros, eran contrarios a aquel principio, por más que se manifestaran como formalmente correctos.

El motivo se desestima.

Ha de indicarse que ninguna de las sentencias en él señaladas ofrecen el apoyo que busca el recurrente. La de 24 de septiembre de 1.987 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una sentencia que había anulado los acuerdos impugnados, pero lo hizo por la razón de ser los mismos opuestos a los estatutos. Y la *ratio decidendi* de la de 10 de febrero de 1.992 no fue otra que la demostración de una lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de una o varios accionistas.

En definitiva, dichas sentencias no se alejan de los términos en que se expresa la norma del artículo 115, apartado 1, del texto refundido de la Ley de sociedades anónimas.

Por otro lado, no pueden considerarse contrarios a la Ley - las otras causas de impugnación ya se ha dicho que no fueron alegadas - los dos acuerdos impugnados por la mera invocación de los artículos 6, apartado 4, y 7, apartado 2, del Código Civil.

El primero de ellos exige, además de que el acto se haya realizado bajo la cobertura de una norma y persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, la existencia de otra norma eludida, que no



se identifica en el motivo y que es la que debería ser aplicada en el caso de declararse el fraude de ley y, por ende, la que debería determinar cual habría de ser el tratamiento que merece el acto considerado fraudulento.

Por otro lado, no cabe hablar de abuso de derecho, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. Entre ellas, que lo pactado por los socios debía proyectarse por voluntad de los mismos, y se proyectó, en los estatutos. Que, como se dijo, es a estos a los que corresponde establecer el régimen de organización y funcionamiento del consejo, con inclusión, en todo caso, del modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría - artículos 13, letra f), y 57 de la Ley 2/1.995 -. Y que los estatutos de Camanchaca, SL, por decisión de la junta que los aprobó en su día, contienen, junto a las normas que expresaron la voluntad de dar intervención a la minoría en la administración social, otra, de aplicación supletoria, que elimina el rigor de tal exigencia.

CUARTO. La desestimación del recurso provoca la imposición de las costas al recurrente, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

QUINTO. La sociedad recurrida hizo uso de la facultad de alegar en el escrito de oposición aquellas causas de inadmisibilidad del recurso que consideró concurrentes - las de los artículos 483, apartado 2, ordinales apartado 2º y 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.

El examen de la concurrencia de todas ellas - las alteraciones del soporte fáctico de la sentencia de apelación, haciendo supuesto de la cuestión y la inexistencia de oposición a la jurisprudencia - excedía del ámbito de la admisión, la cual, como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2.008 , se proyecta sobre la existencia de una apariencia fundada que excluya la artificialidad, y que fue en el caso correctamente superada.

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto, por don Lorenzo , contra la Sentencia dictada, con fecha diez de noviembre de dos mil tres , por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con imposición de las costas al recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- **Juan Antonio Xiol Ríos.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.-José Ramón Ferrándiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-José Almagro Nosete.- Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.