



Roj: **STS 8283/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:8283**

Id Cendoj: **28079110012011100821**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2011**

Nº de Recurso: **1128/2008**

Nº de Resolución: **770/2011**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 4075/2007,**
STS 8283/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por don Luis Andrés contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla el día veintisiete de noviembre de dos mil siete, en el rollo 4596/2007, dimanante del juicio ordinario 156/2006, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Luis Andrés, representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña ANA NIETO ALTUZARRA.

En calidad de partes recurridas han comparecido INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L. y SHORTHONR LIMITED, representadas ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña MARÍA RODRÍGUEZ PUYOL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. La Procuradora doña INMACULADA RODRÍGUEZ-NOGUERAS MARTÍN, en nombre y representación de don Luis Andrés, interpuso demanda contra INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L.

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

SUPLICO AL JUZGADO: que teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos que se acompañan al mismo, con sus respectivas copias, se sirva admitirlos y tenga por formulada la presente demanda de impugnación de acuerdos sociales en nombre y representación de D. Luis Andrés, y, previa la tramitación correspondiente del juicio ordinario, dicte Sentencia por la que:

1°. Declare la nulidad de pleno derecho de la totalidad de los acuerdos adoptados por la Junta General de Socios de "INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L." de 3 de noviembre de 2005 por infracción de lo dispuesto en los Artículos 6.4, 7.1, 7.2, y 1859, todos ellos del Código Civil.

2°. Declare la nulidad de pleno derecho de la totalidad de los acuerdos adoptados por la Junta General de Socios de "INMOI VERSIÓN EUROGROUP, S.L." de 30 de noviembre de 2005 por infracción de lo dispuesto en los Artículos 6.4, 7.1, 7.2, Y 1859, todos ellos del Código Civil.

3°. Ordene la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil de Sevilla, su publicación en extracto en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", así como la cancelación de la inscripción de dichos acuerdos en el Registro Mercantil, y de cuantos asientos posteriores a los acuerdos impugnados resulten contradictorios con la sentencia que en su día se dicte.



4°. Condene a la Sociedad Demandada "INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L." a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

5°. Condene a la Sociedad Demandada " INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L." al pago de las costas procesales con arreglo a lo previsto por el Art. 394 LEC .

3. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento de juicio ordinario con el número de autos 156/2006.

SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN

4. En los expresados autos de juicio ordinario 156/2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla compareció la demandada INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L. representada por la Procuradora de los Tribunales doña PATRICIA ABAURREA AYA que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

SUPLICO AL JUZGADO: Tenga por presentado este escrito, tenga a su vez por comparecido y parte en los presentes autos de juicio ordinario nº 156/2006 al Procurador que suscribe, en nombre y representación de INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L., tenga a su vez por formulada CONTESTACIÓN A LA DEMANDA interpuesta frente a mi representada por D. Luis Andrés , admita dicha contestación y, previos los trámites oportunos, dicte en su día sentencia por la que desestime la demanda en su integridad y absuelva de ella a mi representada, con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO: LA INTERVENCIÓN VOLUNTARIA

5. En los expresados autos de juicio ordinario 156/2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla compareció voluntariamente SHORTHORN LIMITED representada por la Procuradora de los Tribunales doña CARMEN ARENAS ROMERO que suplicó al Juzgado ser tenida por parte en los siguientes términos:

SUPLICO AL JUZGADO: Tenga por presentado este escrito junto con su documento adjunto, se sirva admitirlo y. en su virtud, acuerde:

(i) Tener por personada a la Procuradora que suscribe en nombre y representación de SHORTHORN LIMITED en calidad de demandada,

(ii) Tras los trámites procesales oportunos, aceptar la intervención de SHORTHORN LIMITED en el presente procedimiento y en consecuencia:

(a) Poner a disposición de SHORTHORN LIMITED copia de todos los autos del presente procedimiento,

(b) Conceder a SHORTHORN LIMITED para que, sin la suspensión del presente procedimiento, conteste la demanda D. Luis Andrés dentro del plazo de 20 días, o en su caso, subsidiariamente, se le otorgue un plazo de tiempo razonable.

6. Admitida la intervención voluntaria de SHORTHORN LIMITED bajo la representación de la Procuradora de los Tribunales doña CARMEN ARENAS ROMERO, por la misma se contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

SUPLICO AL JUZGADO: Tenga por presentado este escrito, tenga por formulada por SHORTHORN LIMITED CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Interpuesta por D. Luis Andrés , admita dicha contestación y, tras los trámites oportunos, dicte en su día sentencia que desestime la demanda en su Integridad, con expresa imposición de costas al demandante.

CUARTO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

7. En los expresados autos de juicio ordinario 156/2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla, recayó sentencia el día treinta de Marzo de dos mil siete cuya parte dispositiva es como sigue:

Que estimando la demanda presentada por la Procuradora Sra. Rodríguez Noguerras en nombre y representación de Don Luis Andrés , contra la entidad INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L., representada por la Procuradora Sra. Abourrea Aya, en los que ha intervenido la entidad SHORTHORN LIMITED, representada por la Procuradora Sra. Arenas Romero, debo declarar y declaro la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria de socios de la entidad INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L., los días 3 y 30 de noviembre de 2005, debiendo inscribirse un extracto de la presente resolución en el Registro Mercantil de Sevilla y publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, cancelándose los asientos relativos a dichos acuerdos y los posteriores que resulten contrarios con los pronunciamientos de esta resolución. Las costas de este procedimiento se imponen a la parte demandada, debiendo abonar la parte interviniente las causadas a su instancia. Se deja sin efecto el nombramiento de interventor judicial acordado en la pieza de medidas cautelares 157/06. Así por esta mi



sentencia que será notificada a las partes con expresión de los recursos que contra ella caben, lo pronuncio, mando y firmo.

QUINTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

8. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de INMOINVERSION EUROGROUP S.L. y de SHORTHORN LIMITED, y seguidos los trámites ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla con el número de rollo 4596/2007, el día veintisiete de noviembre de dos mil siete, recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS: Que estimando los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores de los Tribunales D^a Patricia Abaurrea Aya en nombre y representación de la entidad mercantil INMOINVERSIÓN EUROGROUP S.L., y por la Procuradora D^a M^a del Carmen Arenas Romero en nombre y representación de la entidad mercantil SHORTHORN LIMITED LTD, contra la Sentencia dictada el día 30 de marzo de 2007, por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de lo Mercantil N^o1 de Sevilla, en los autos de juicio ordinario N 156/06, de los que dimanaban estas actuaciones, debemos revocar y revocamos la citada Resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por la Procuradora D^a Inmaculada Rodríguez Nogueras Martín en nombre y representación de Don Luis Andrés contra la mercantil INMOINVERSIÓN EUROGROUP S.L., habiendo intervenido voluntariamente en calidad de demandado la entidad SHORTHORN LIMITED LTD, absolvemos a la parte demandada de las pretensiones contra la misma deducidas en al demanda, con expresa imposición a la parte demandante de las costas procesales causadas al demandado INMOINVERSIÓN EUROGROUP S.L.

No ha lugar a hacer especial imposición de las costas originadas en esta alzada.

Y, en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos.

SEXTO: EL RECURSO

9. Contra la expresada sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo 4596/2007 el veintisiete de noviembre de dos mil siete, la Procuradora doña Inmaculada Rodríguez-Nogueras Martín, en nombre y representación de don Luis Andrés, interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

- a) Vulneración del artículo 115.2 de la Ley de Sociedades Anónimas relativo a la caracterización de las categorías de nulidad y anulabilidad de los acuerdos de la Junta General de Accionistas susceptibles de ser impugnados
- b) El artículo 116.1 de la Ley de Sociedades Anónimas relativo a la aplicación indebida del plazo de caducidad para impugnar acuerdos sociales contrarios a la "ley", así como por no haber aplicado de oficio, ante la patente gravedad del fraude cometido, la excepción de considerar los mismos contrarios al "orden público".
- c) El artículo 6.3 del Código Civil relativo a la eficacia general de las normas jurídicas.
- d) El artículo 6.4 del Código Civil relativo a la prohibición del fraude.
- e) El artículo 7.2 del Código Civil relativo a la prohibición del abuso de derecho.
- f) El artículo 1859 del Código Civil relativo a la prohibición del pacto comisorio.

SÉPTIMO: ADMISIÓN DEL RECURSO / DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN

10. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 1128/2008.

11. Personado el recurrente don Luis Andrés, bajo la representación de la Procuradora de los Tribunales doña ANA NIETO ALTUZARRA, el día veintiocho de octubre de dos mil ocho la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA

1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DON Luis Andrés, contra la Sentencia dictada, en fecha 27 de noviembre de 2007, por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), en el rollo nº 4596/2007, dimanante del juicio ordinario nº 156/2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla.



2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.

12. Dado traslado del recurso, la Procuradora de los Tribunales doña MARÍA RODRÍGUEZ PUYOL en nombre y representación de INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L. y SHORTHORN LIMITED, presentó escrito de impugnación del recurso formulado de contrario con base en las alegaciones que entendió oportunas.

OCTAVO: SEÑALAMIENTO

13. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día trece de octubre de dos mil once, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTA PREVIA 1: Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

NOTA PREVIA 2: En el desarrollo de los fundamentos de esta sentencia se utilizarán las siguientes abreviaturas:

INMOINVERSIÓN: INMOINVERSIÓN EUROGROUP S.L.

MANTESUR: MANTENIMIENTO EN GENERAL DEL SUR MANTESUR ANDÉVALO, S.L. (inicialmente filial de MANTESUR MATRIZ)

MANTESUR MATRIZ: MANTENIMIENTO EN GENERAL DEL SUR MANTESUR, S.L. (inicialmente matriz de MANTESUR).

MARC RICH: MARC RICH & CO INVESTMENT, AG (titular del 100% de las acciones de SHORTHORN dedicada a la compraventa de mineral materia prima para su reventa a nivel mundial).

RIOTINTO: MINAS DE RIOTINTO, S.A.L.

SHORTHORN: SHORTHORN LIMITED (compañía instrumental de MARC RICH).

PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

1. Previo

14. A fin de enmarcar los hechos litigiosos conviene dejar constancia de los siguientes datos:

1) La titularidad de las participaciones de la compañía MANTENIMIENTO EN GENERAL DEL SUR MANTESUR ANDÉVALO, S.L. (MANTESUR) era el 23 de abril de 2004 de titularidad de MANTENIMIENTO EN GENERAL DEL SUR MANTESUR, S.L. (MANTESUR MATRIZ) y de don Horacio .

2) A 16 de julio de 2004 las participaciones de MANTESUR fueron vendidas de tal forma que el capital de la compañía MANTESUR, representado por 100 participaciones de 31 euros de valor nominal cada una, quedó distribuida en la siguiente forma:

a) La compañía SHORTHORN era titular de la participación número 1.

b) Las otras 99 participaciones las ostentaba la sociedad INMOINVERSIÓN constituida el 16 de diciembre de 2003.

3) A su vez el capital de INMOINVERSIÓN, constituida el 16 de diciembre de 2003, estaba representado por 3006 participaciones siendo su distribución la siguiente:

a) La compañía SHORTHORN era titular de la participación número 1 equivalente al 0,033% del capital social.

b) Don Luis Andrés era titular de las participaciones sociales números 2 a 3005 representativas del 99,933% del capital social.

c) Don Sabino de la participación 3006, equivalentes al 0,033% del capital social.

4) La sociedad MARC RICH, era titular del 100% de las acciones de la sociedad SHORTHORN.



15. También son datos de interés los siguientes:

- 1) La compañía RIOTINTO, dedicada a la explotación minera, que había sido declarada en estado de suspensión de pagos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción o 2 de Valverde del Camino, desde el 7 de enero de 2004 se hallaba en proceso de liquidación.
- 2) Antes de que se adjudicasen los bienes de la referida compañía, un "grupo de inversores" de los que era cabeza visible don Luis Andrés se puso en contacto con la sociedad MARC RICH, con la finalidad de proceder a la explotación de la actividad minera.
- 3) En el marco del proyecto de adquisición de la unidad productiva y puesta en funcionamiento de la explotación de mineral de cobre, el 4 de mayo de 2004 MANTESUR resultó adjudicataria en subasta notarial de los bienes afectos a la actividad minera de RIOTINTO.

2. Hechos

16. Los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, muy en síntesis, son los siguientes:

- 1) El 23 de abril de 2004 se suscribieron los siguientes contratos
 - a) Contrato de colaboración celebrado entre SHORTHORN, don Sabino, don Luis Andrés y la compañía INMOINVERSIÓN, posteriormente novado.
 - b) Contrato de compraventa de concentrados de cobre, celebrado entre SHORTHORN como comprador, e INMOINVERSIÓN como vendedor.
- 2) El mismo día también se suscribieron los siguientes contratos:
 - a) Contrato de Préstamo Senior, entre SHORTHORN, como prestamista e INMOINVERSIÓN como prestatario, y don Sabino y don Luis Andrés como garantes, novado el 16 de julio de 2004.
 - b) Contrato de Préstamo Junior celebrado entre INMOINVERSIÓN como prestamista y MANTESUR como prestataria y MANTESUR MATRIZ como arrendataria de ciertas instalaciones, posteriormente novado.
- 3) También el 23 de abril de 2004 INMOINVERSIÓN cedió a SHORTHORN los créditos que la misma ostentaba frente a MANTESUR.
- 4) Finalmente, en la misma fecha se suscribieron los siguientes contratos
 - a) Póliza de pignoración de participaciones por la que don Sabino y don Luis Andrés pignoraron a favor de SHORTHORN sus respectivas participaciones sociales en INMOINVERSIÓN.
 - b) Póliza de Pignoración de Participaciones por la que don Horacio y MANTESUR MATRIZ, pignoraron a favor de SHORTHORN sus respectivas participaciones sociales en MANTESUR.

17. En la cláusula sexta del referido contrato de pignoración de participaciones de INMOINVERSIÓN se estipuló lo que sigue:

"Sexta. - Ejercicio de los derechos incorporados a las Participaciones objeto de prenda.

Los derechos de voto de las Participaciones pasarán al Acreedor Pignoraticio a partir del otorgamiento de esta prenda. A estos efectos, se acuerda con carácter simultáneo al otorgamiento de la prenda una modificación de los estatutos sociales de la Sociedad, tal y como se recoge en el Anexo 3 a la presente póliza.

Los derechos económicos de las Participaciones seguirán correspondiendo a los Pignorantes hasta que se produzca un Supuesto de Incumplimiento ("Event of Default"), en la forma descrita en el Anexo 5 del Contrato de Préstamo Senior). Ocurrido dicho supuesto de incumplimiento y mientras éste continúe ("Continuing, tal como se define en el Contrato de Préstamo Senior), aquellas cantidades que pudieran ser distribuidas a los Pignorantes (ya sea como dividendos o de cualquier otra manera permitida en derecho) quedarán pignoradas a favor del Acreedor Pignoraticio de manera equivalente a lo establecido en las cláusulas 3.1, 3.2 y 3.3 anteriores. La extensión de la prenda se hará constar de inmediato mediante documento complementario, con la intervención de fedatario público."

18. Los estatutos sociales de INMOINVERSIÓN fueron modificados en los siguientes términos:

"Artículo 5. Derechos de los socios.

Cada participación confiere a su legítimo titular la condición de socio y, como tal, le corresponden los siguientes derechos:



Participar en el reparto de los beneficios sociales y en el resultado de la liquidación de la sociedad en proporción directa a sus participaciones sociales.

El derecho de tanteo para la adquisición preferente de participaciones sociales en el caso de que se pongan a la venta las de otros socios, en los términos establecidos en el artículo siguiente y el de suscripción preferente en las ampliaciones de capital.

El derecho de asistir a las Juntas Generales y emitir su voto en las mismas, correspondiéndole un voto por cada participación social de que sea titular.

En el caso de que se constituya un derecho de prenda sobre cualesquiera participaciones de la sociedad, corresponderá al Acreedor Pignoraticio el ejercicio de los derechos de socio que correspondan a las participaciones pignoradas".

19. Incumplidos los contratos de préstamo, la Junta General Extraordinaria y Universal de INMOINVERSIÓN EUROGROUP S.L. celebrada el 3 de noviembre de 2005 con la asistencia de SHORTHORN, a la que correspondía el ejercicio de la totalidad de los derechos de socio, adoptó los siguientes acuerdos:

- 1) Cesar a la administradora única doña Ascension .
- 2) Nombrar administrador único a don Horacio .
- 3) Que las decisiones del órgano de administración se adopten de acuerdo con las instrucciones previas que en cada momento determine la Junta general de la sociedad.
- 4) Autorización al nuevo administrador para aceptar el cargo de administrador de MSA
- 5) Facultar al administrador para la ejecución de los anteriores acuerdos y otorgar escrituras de elevación a público de los acuerdos e inscripción de los mismos en el Registro mercantil.

20. La Junta General Universal de INMOINVERSIÓN EUROGROUP S.L. celebrada el 30 de noviembre de 2005, de nuevo con la asistencia de SHORTHORN LIMITED, titular de la totalidad de los derechos de voto, adoptó los siguientes acuerdos:

- 1) Ampliación del capital social en 1.012.739 €, mediante la emisión de 1.012.739 nuevas participaciones de un euro de valor nominal cada una.
- 2) Ejercitar la acción social de responsabilidad contra la anterior administradora doña Ascension .
- 3) Facultar al administrador para la ejecución de los acuerdos y especialmente para comparecer ante Notario y otorgar escritura de elevación a público de los acuerdos hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

21. SHORTHORN LIMITED suscribió la totalidad de la ampliación por lo que la participación del demandante don Luis Andrés en el capital social de INMOINVERSIÓN EUROGROUP, S.L. pasó del 99'93% al 0'29%.

2. Posición de la demandante

22. Como en correcta técnica precisa la sentencia de apelación, el socio demandante impugnó la totalidad de los acuerdos sociales adoptados en las Juntas Generales Extraordinarias y Universales de INMOINVERSIÓN celebradas los días 3 de noviembre de 2005 y 30 de noviembre de 2005, pidiendo la declaración de nulidad de pleno derecho de la totalidad de los acuerdos adoptados por ambas Juntas Generales por infracción de los artículos 6.4, 7.1, 7.2 y 1859 del Código Civil , es decir:

- 1) Por haberse adoptado con abuso de derecho y mala fe (artículo 7.1 y 2 del Código Civil);
- 2) Por vulneración de la prohibición del pacto comisorio (artículo 1859 del Código Civil); y
- 3) Por haberse adoptado en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil).

23. También suplicó la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil de Sevilla, su publicación en el BORME, y la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos impugnados.

3. Posición de la demandada

24. De nuevo la sentencia de apelación precisa en correcta técnica la posición de INMOINVERSIÓN y de SHORTHORN, que se opusieron a la pretensión impugnatoria, a cuyo efecto:

- 1) Negaron que los acuerdos se hubiesen producido con abuso de derecho, fraude de ley o con vulneración de la prohibición del pacto comisorio.
- 2) Alegaron la caducidad de la acción por ser los acuerdos anulables y no nulos, y haberse ejercitado la acción transcurrido el plazo fijado al efecto por el artículo 116 de la Ley de Sociedades Anónimas .



4. La sentencia de la primera instancia

25. La sentencia de la primera instancia:

1) Denegó la acumulación de los autos de juicio ordinario 409/2006 seguidos en el mismo Juzgado a demanda de don Luis Andrés y de INMOINVERSIÓN EUROGROUP S.L. contra MANTENIMIENTO GENERAL DEL SUR MANTESUR ANDÉVALO, S.L.

2) Rechazó la caducidad de la acción por tratarse de acuerdos inscribibles y no constar la fecha de su publicación en el BORME.

3) Estimó íntegramente la demanda por infracción de los artículos 6.4, 7.1, 7.2 y 1859 del Código Civil .

5. La sentencia de la segunda instancia

26. La sentencia de la segunda instancia:

1) Destacó que, al sustentarse la impugnación de los acuerdos adoptados en las juntas de INMOINVERSIÓN EUROGROUP S.L. de 3 de noviembre y de 30 de noviembre de 2005 en el perjuicio de uno de los socios, es necesario diferenciar entre los distintos acuerdos adoptados -ya que todos ellos fueron impugnados de forma indiscriminada-, y apuntó a que el interés protegido por el artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas es el de la sociedad y no el del socio individual.

2) Razonó que los acuerdos, en su caso serían simplemente anulables.

3) Fijó el "dies a quo" para el cómputo del plazo de caducidad en la fecha en la que el socio impugnante había conocido su adopción.

27. Al haber transcurrido más de 40 días entre el momento en que los acuerdos fueron conocidos por el demandante y la interposición de la demanda, declaró caducada la acción.

6. El recurso

28. Contra la expresada sentencia don Luis Andrés interpuso recurso de casación con base en los motivos que seguidamente analizaremos.

SEGUNDO: PRIMER Y SEGUNDO MOTIVOS

29. Dado que los dos primeros motivos del recurso son claramente complementarios -de hecho el segundo se limita a la escueta argumentación literal e íntegramente transcrita en el antecedente de hecho sexto de esta sentencia-, analizaremos ambos de forma conjunta.

1. Admisibilidad de los motivos

30. Aunque, como precisa la recurrida, el motivo vulnera la doctrina contenida en la sentencia número 193/2000, de 4 de marzo , que tratándose de la impugnación de acuerdos sociales exige identificar incluso el apartado o párrafo del precepto que se entiende infringido, los términos del recurso permiten identificar como vulnerados el primer párrafo del apartado 2 del artículo 115 y los dos párrafos del artículo 116.1, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas .

2. Desarrollo de los motivos

31. Los motivos examinados se sustentan en la afirmación de que el acuerdo de ampliación de capital es nulo, de acuerdo con el siguiente razonamiento:

1) La sentencia 1197/2006 de 27 de noviembre , afirma que la expresión "ley" utilizada en los apartados 1 y 2 del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas no tienen un sentido distinto del que resulta del artículo 6.3 del Código Civil .

2) La sentencia 892/2002, de 3 de octubre , razona que deviene razonable la impugnación de acuerdos con base en el abuso de derecho y el fraude de ley

3) La sentencia 902/2002, de 30 de septiembre , declara que la vulneración de los "principios contables" resultan "contrarios a ley" lo que determina su nulidad

4) El demandante, como fundamento de la impugnación de los acuerdos adoptados por las juntas generales, alegó tres causas de nulidad: el abuso de derecho; el fraude de Ley; y, además, la vulneración de la prohibición de pacto comisorio.

5) Las tres causas de nulidad invocadas suponen la infracción de normas legales (artículos 7.2, 6.4 y 1859 del Código Civil), y, dada la gravedad del fraude del pacto comisorio, concurre una vulneración del orden público apreciable de oficio.



32. Partiendo de las anteriores premisas, la conclusión a la que llega el recurrente con cita de las sentencias 596/2007, de 30 de mayo , 913/2006, de 26 de septiembre y 120/2006, de 21 de febrero , es que los acuerdos sociales adoptados con vulneración de normas legales infringen la ley y, en consecuencia, son nulos

33. Sentada la nulidad del acuerdo, el recurrente sostiene que las sentencias 163/2007, de 16 de febrero , 596/2007, de 30 de mayo , y 863/2007, de 20 de julio , someten la caducidad de la impugnación de acuerdos contra la ley al plazo de un año previsto en el artículo 116.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , por lo que la sentencia recurrida yerra al aplicar el plazo de 40 días fijado para la impugnación de los acuerdos anulables.

2. Valoración de la Sala

2.1. El abuso de derecho como causa de nulidad de acuerdos sociales.

34. El art. 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- al disponer que podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que 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, silencia el "abuso de derecho" previsto en el artículo 7.2 del Código Civil y a cuyo tenor la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

35. La ausencia de expresa referencia al abuso de derecho, sin embargo, no fue obstáculo para que la sentencia 1136/2008, de 10 de diciembre , reiterando la de 10 de febrero de 1.992, que aplicaba el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de junio de 1.951 (precedente del 115 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989), hubiera admitido que la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas *"puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho"*.

36. En consecuencia, no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 116.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -de hecho, los acuerdos lesivos a los intereses de la sociedad, frecuentemente comportan un abuso por la mayoría de su derecho a decidir, al hacerlo en contra del interés de la sociedad-

37. Mayores dificultades se plantean cuando se pretende que el abuso de derecho subjetivo contraría la ley, ya que:

1) El abuso subjetivo no cuestiona la legalidad de la actuación de quien incurre en el.

2) De estimarse la conculcación de la norma, no tendría sentido acudir a la doctrina del abuso del derecho, dado que, como afirma la sentencia 127/2009 de 5 de marzo , *"un ilícito (infracción legal) por principio no es el abuso del derecho"* .

38. No acontece lo mismo cuando se trata del ejercicio antisocial del derecho en la medida en la que, por su objeto o por las circunstancias en que se realice la forma en la que el derecho se ha ejercitado, sobrepase objetiva y manifiestamente los límites normales de su ejercicio, ya que rebasar la frontera fijada por la norma supone infringirla, y, en consecuencia, los acuerdos societarios adoptados mediante el ejercicio antisocial de un derecho pueden ser impugnados con base en la infracción de ley superada, hallándose sujeta la acción para impugnarlos al plazo de caducidad fijado a tal efecto en el artículo 116.1 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital-, bien que, en tales supuestos, no cabe sustentar la "nulidad" de los acuerdos sociales en el "abuso de derecho" sin más, ya que es necesario identificar cual es el derecho ejercitado y precisar porqué es antisocial la concreta forma en la que se ha ejercitado y concretar la norma infringida.

2.2. El fraude de ley como causa de nulidad de acuerdos sociales.

39. A su vez el fraude de ley, como afirma la sentencia 232/2008, de 18 de marzo , con cita de otras muchas, se caracteriza

1) Por la presencia de dos normas : *"la conocida, como «de cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada «eludible o soslayable»*.

2) Porque *"la Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le protege suficientemente"*;

3) Porque *"la actuación encaminada a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifiesta de forma notoria e inequívocamente"* ,

40. Ante ello, como afirma la sentencia 1062/2006 de 12 de enero , el sistema reacciona mediante la técnica de deshacer la apariencia de protección que el acto recibe de una norma de cobertura, para someterlo al *imperium* de aquella que se trató de eludir. De modo que *"se aplica a aquellos actos, uno o varios, que reciben la cobertura de alguna norma, aunque sea básica o esté caracterizada por su generalidad, que los ampara o tolera, bien que*



de una manera insuficiente por ser otra su finalidad (sentencias de 13 de junio de 1959 , 10 de octubre de 1962 , 14 de diciembre de 1972 , 14 de mayo de 1985 , 14 de febrero de 1986 , 16 de marzo de 1987 , 19 de octubre de 1987 , 20 de mayo de 1988 , 30 de marzo de 1988 , 11 de octubre de 1991 , 16 de octubre de 1991 , 3 de noviembre de 1992 , 23 de febrero de 1993 , 5 de abril de 1994 , 23 de enero de 1999 , 3 de julio de 1999 y 28 de septiembre de 2004) y que persiguen un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, considerado como un todo (según se expresa en la exposición de motivos del Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo , por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil); esto es, un resultado contrario a cualquiera de las normas que integran el ordenamiento, aunque resulten de una interpretación sistemática o de los mismos procedimientos de integración".

41. Consecuentemente con lo expuesto, la aplicación de la técnica del fraude de Ley es determinante de que el acuerdo impugnado se someta a las mismas consecuencias que tendría en el caso de que haberse vulnerado la norma defraudada, ya que e l artículo 6.4 del Código Civil no sanciona directamente con la nulidad el acto fraudulento, sino "la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir" , de tal forma que cuando el fraude afecte a una norma imperativa, el acuerdo fraudulento debe reputarse nulo, sometiéndose la acción de impugnación sujeta al plazo de caducidad de un año previsto en el artículo 116.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , cuando no fuere contrario al orden público.

2.3. La equivalencia de resultados.

42. En el caso de autos:

1) Debe rechazarse la pretendida oposición del acuerdo al orden público, ya que no fue alegada tempestivamente ni se argumenta suficientemente.

2) Alegada como norma defraudada la prohibición del pacto comisorio que contiene el artículo 1859 del Código Civil , es preciso indagar si el acuerdo adoptado por INMOINVERSIÓN vulnera lo dispuesto en dicho precepto, y si el mismo tiene carácter imperativo, de modo que su infracción fuera determinante de la nulidad del acuerdo -la nulidad prevista en el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a la infracción de normas de derecho cogente, no a las que tienen carácter dispositivo (en este sentido sentencias 1193/1998 de 15 de diciembre y 1109/2001 de 23 11 01)-.

43. Consecuentemente, no cabe rechazar sin más la impugnación con base en la caducidad de la acción por el transcurso del plazo de cuarenta días, máxime cuando como precisa la propia sentencia de la Audiencia, los acuerdos no lesionaban los intereses de la sociedad y no infringían los estatutos, por lo que, de no ser contra ley o contra el orden público, la controversia no debía resolverse con fundamento en la caducidad, sino en la inexistencia de causa de impugnación.

44. Lo expuesto, sin embargo, no es determinante por las razones que se dirán, de la estimación de los motivos ya que, como declara la sentencia 54/2010, de 19 febrero , reproduciendo la 621/2008, de 2 de julio , «según la doctrina de la equivalencia de resultados o efecto útil del recurso de casación, éste no puede ser estimado en aquellos casos en los cuales, aun no siendo correcta la doctrina seguida por el tribunal de instancia, la estimación del recurso no redundaría en una modificación del fallo».

TERCERO: MOTIVOS TERCERO A SEXTO

1. Desarrollo de los motivos

45. Los motivos tercero a sexto del recurso se articulan alrededor de una única línea argumental: la compañía SHORTHORN, mediante el acuerdo de ampliación de capital de INMOINVERSIÓN y la posterior suscripción de la integridad de la ampliación ha ejercitado su derecho de voto de forma anómala, para defraudar la previsión contenida en el artículo 1859 del Código Civil ya que, en heterodoxa pero gráfica expresión de la demanda el que supuestamente iba a ser un cliente preferente y financiador en el corto plazo "en román paladino...nos ha birlado la sociedad y, de paso, la mina".

2. Valoración de la Sala

2.1. La prohibición del pacto comisorio

46. La naturaleza imperativa del artículo 1859 del Código Civil , conforme al que "[e]l acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas" , ha sido reconocida de forma reiterada por la Jurisprudencia, afirmándose en la sentencia 390/2010, de 24 de junio , con cita de la 526/2008, de 5 junio , que el pacto comisorio configurado como la apropiación por el acreedor de lo dado en garantía por su libérrima libertad, ha sido siempre rechazado.

47. Ahora bien, como indica la sentencia 390/2010, de 24 de junio , a diferencia de lo que acontece en el artículo 1884.2 del Código Civil en relación con la anticresis, no está prohibido de forma expresa el pacto en



contra, a lo que debe añadirse que las razones que en su día justificaron los recelos del legislador, no son aplicables a determinadas modalidades de garantía, como lo demuestra el primer párrafo del artículo 11.1 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

48. Pues bien, previsto en el artículo 72.1 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 132 de la Ley de Sociedades de Capital-, que "[e]n el caso de prenda de acciones corresponderá al propietario de éstas, salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los derechos de accionista", con el acuerdo de ampliación ni la sociedad INMOINVERSIÓN -que es la demandada-, ni SHORTHORN -que es la acreedora prendaria- hicieron suyas las participaciones titularidad de don Luis Andrés, que siguen perteneciendo al mismo, bien que, al no acudir a la ampliación de capital de una sociedad que ha pasado de 3.006 euros a 1.312.745 -de forma expresa reconoce, en el hecho noveno de la demanda, que se le ofreció la posibilidad de suscribirlas-, ha pasado a perder el control que antes tenía.

2.2. Desestimación de los motivos.

49. Ejercitado por la acreedora prendaria el derecho de voto a fin de acordar la ampliación de capital de la sociedad que no tenía capacidad para devolver lo recibido en préstamo -la propia recurrente admite que se estuvo barajando la posibilidad de solicitar el concurso- no cabe si no afirmar que, en modo alguno, abusó de su derecho, limitándose a ejercerlo, por lo que deviene temeraria la pretensión de imponer a la acreedora el voto favorable no ya a la sociedad -que a la postre se capitaliza-, sino a los concretos intereses del socio que avaló el crédito y no acude a la ampliación, de tal forma que vaciaría prácticamente de contenido la pignoración de las acciones en los términos en que se hizo, ajustados a la previsión contenida de forma expresa en el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas.

CUARTO: DEDUCCIÓN DE TESTIMONIO

50. El artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone a quienes por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún hecho que pudiere ser constitutivo de delito la obligación de denunciarlo.

51. En el hecho previo apartado (v) de la contestación a la demanda, al identificar a las partes en el litigio se contiene el siguiente particular:

"D. Luis Andrés, es al decir de la demanda un inversor privado, respaldado por otro grupo de inversores de quien es la cabeza visible. Sin embargo, lo cierto es que el Sr. Luis Andrés no es ni más ni menos que la pantalla de D. Juan Ramón, quien no obstante su interés en las Minas de Riotinto, no puede aparecer vinculado a ellas dada su anterior trayectoria en las mismas, como presidente de la comisión liquidadora de MINAS DE RIOTINTO, S.A

52. Dado que los hechos descritos pudieran ocultar una actuación del Presidente de la comisión liquidadora de MINAS DE RIOTINTO, S.A. como adjudicatario oculto de bienes de la sociedad liquidada y encubrir una alteración de precios en subasta pública con daño a los acreedores de la sociedad liquidada, que pudieran ser constitutivos de un delito, pónganse en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos oportunos.

QUINTO: COSTAS

53. Procede imponer las costas del recurso a la recurrente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Primero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don Luis Andrés representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña ANA NIETO ALTUZARRA, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla el día veintisiete de noviembre de dos mil siete, en el rollo 4596/2007, dimanante del juicio ordinario 156/2006, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla.

Segundo: Imponemos al recurrente las costas causadas por el recurso casación que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Firmado y Rubricado.- **Juan Antonio Xiol Ríos.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.**- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos**, 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.