



Roj: **STS 8999/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:8999**

Id Cendoj: **28079110012012100769**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2012**

Nº de Recurso: **1207/2010**

Nº de Resolución: **761/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por don Pedro Antonio , INVAFI, S.L. y ASTALDO, S.L., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería Sección 2ª el día veintidos de marzo de dos mil diez, en el recurso de apelación 185/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de lo mercantil de Almería en los autos 230/2008.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Pedro Antonio , INVAFI, S.L. y ASTALDO, S.L., representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Concepción Puyol Montero.

En calidad de parte recurrida ha comparecido FUNESPAÑA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquín Cedenilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN

1. La Procuradora de los Tribunales doña Antonia Nuria Abad Castillo, en nombre y representación de don Pedro Antonio , Astaldo, S.L., Invafl, S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Funexpaña, S.A.

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

SUPLICO AL JUZGADO DE LO MERCANTIL que teniendo por presentado este escrito de demanda, con los documentos que lo acompañan y copia de todo ello, se digne tenerme por comparecido y parte actora, en la representación indicada de DON Pedro Antonio , INVAFI, S.L y ASTALDO, S.L., entendiéndome conmigo sucesivas diligencias; por interpuesta demanda de Juicio Ordinario contra FUNESPAÑA, S.A. por IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES, y, en su día, y previo traslado a la misma, celebración de audiencia previa y posterior juicio, dicte sentencia por la cual:

1º.- Se declare la nulidad de los acuerdos adoptados fuera del Orden del día consistentes en los ceses de los Consejeros don Pedro Antonio y Don Daniel , así como los de todos los acuerdos adoptados y/o que se adopten por el consejo de Administración en ejecución y desarrollo de los citados acuerdos y/o que traigan causa de los mismos;

2º.- Se ordene la cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro Mercantil de los acuerdos cuya nulidad se declare.

3º.- Imponga expresamente a la demandada las costas del procedimiento.

3. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 7 de lo Mercantil que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número de autos 230/2008 de juicio ordinario.

SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA



4. La Procuradora de los Tribunales doña María del Mar Gázquez Alcoba, en nombre y representación de FUNESPAÑA, S.A., en adelante FUNESPAÑA, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia con el siguiente suplico:

SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito, junto con sus documentos, lo admita, me tenga por comparecido en nombre y representación del demandado, y en su virtud tenga por formulada CONTESTACIÓN Y OPOSICIÓN A LA DEMANDA y tras los trámites oportunos, dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, e imponga a la parte actora el pago de las costas en la tramitación de este procedimiento.

TERCERO: LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

5. Seguidos los trámites oportunos, el día dieciséis de febrero de dos mil nueve recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO

Que desestimando íntegramente la demanda, presentada por D^a NURIA ABAD CASTILLO, en nombre y representación de D Pedro Antonio , ASTALDO SL e INVAFI SL, contra FUNESPAÑA SA,

1.- Absuelvo a la demanda de las pretensiones efectuadas en su contra.

2.- Con imposición de costas a los actores.

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

6. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de don Pedro Antonio , INVAFI, S.L. y ASTALDO, S.L. y seguidos los trámites ante la Audiencia Provincial de Almería (Sección Segunda) con el número de recurso de apelación 185/2009 , el día veintidós de marzo de dos mil diez recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

Que con desestimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha 16 de febrero de 2009 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1^a Instancia nº 7 de Almería sobre nulidad de acuerdo adoptada en Junta General de Accionistas de los que deriva la presente alzada, debemos confirmar y confirmamos las costas de esta alzada.

7. Contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección Segunda) en el recurso de apelación 185/2009 el día veintidós de marzo de dos mil diez, la Procuradora de los Tribunales doña Antonia Abad Castillo en nombre y representación de don Pedro Antonio , Invafi, S.L y Astaldo, S.L., interpuso solicitud de complemento y subsidiario recurso excepcional de nulidad contra la anterior resolución. Con fecha seis de mayo de dos mil diez, el Juzgado dictó auto con el siguiente suplico:

LA SALA ACUERDA: No procede completar la Sentencia dictada con fecha 22 de Marzo del presente año.

QUINTO: LOS RECURSOS

8. La Procuradora de los Tribunales doña Antonia Abad Castillo, en nombre y representación de don Pedro Antonio , Invafi, S.L. y Astaldo, S.L., contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección Segunda) en el recurso de apelación 185/2009 el día veintidós de marzo del dos mil diez, interpuso:

1) Recurso extraordinario por Infracción Procesal con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Violación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española , y del artículo 218,1 ° y 2° de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incongruencia omisiva con los fundamentos de la pretensión y falta de motivación.

Segundo: Violación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española , y del artículo 218,1 ° y 2° de la Ley de Enjuiciamiento Civil , porque el demandado apelado no alega indefensión y sin embargo la sentencia no razona sobre los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de apelación.

2) Recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción por inaplicación del artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas , como consecuencia de la inadecuada aplicación del artículo 131 del mismo cuerpo legal .

Segundo: Infracción por incorrecta aplicación de los artículos 127 bis y 127 ter, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas .

SEXTO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN:



9. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 1207/2010.

10. En el rollo se personaron don Pedro Antonio , INVAFI, S.L. y ASTALDO, S.L., representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Concepción Puyol Montero y Funespaña S.A., representado por el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquín Cedenilla.

11. El día diecisiete de mayo de dos mil once, la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA

1. ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de D. Pedro Antonio "INVAFI S.L." y "ASTALDO, S.L." contra la Sentencia dictada, con fecha 22 de marzo de 2010, por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª), en el rollo de apelación nº 185/2009, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 230/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Almería.

2. Y entréguese copia de los escritos de interposición de los recursos formalizados, 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.

12. Dado traslado de los recursos, el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquín Cedenilla en nombre y representación de FUNESPAÑA, S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario, con base en las alegaciones que entendió oportunas.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

14. Los antecedentes que tienen interés a efectos del presente recurso, en síntesis, son los siguientes:

a) El 19 de julio de 2007, don Pedro Antonio , Invafi, S.L. y Astaldo, S.L., agruparon las acciones de las que eran titulares, representativas del 29,5461% del capital social de Funespaña, S.A. (en adelante Funespaña) cuyo órgano de administración en aquellas fechas estaba integrado por tres consejeros ejecutivos, uno dominical y cuatro independientes.

b) En la junta general de Funespaña que tuvo lugar el 25 de junio de 2007 se procedió al cese de los 4 consejeros independientes y 1 de los consejeros ejecutivos. En su sustitución se nombraron nuevos miembros del consejo siendo designados por el sistema proporcional, a partir de la expresada agrupación de acciones, don Pedro Antonio y don Daniel .

c) En la junta general de Funespaña que tuvo lugar el 26 de junio de 2008, pese a no constar en la convocatoria de la junta, se acordó el cese de los expresados vocales del Consejo, sin que en el acta de la junta se hiciese constar su causa.

15. La sentencia recurrida también declara que *"además, aunque ello no sería necesario por no exigirlo la ley, [la sentencia de la primera instancia] hace una correcta valoración de la prueba practicada en orden a la determinación de justa causa para el cese de los consejeros, remitiéndonos y dando por reproducidos los razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho 8 y 9 de la mencionada resolución que hacemos nuestros y evitamos repetir"*.

2. Posición de las partes

16. Las demandantes impugnaron el acuerdo adoptado en la Junta General de Funespaña que tuvo lugar el 26 de junio de 2008 de cesar sin causa y fuera del orden del día a los Consejeros don Pedro Antonio y don Daniel , nombrados por el sistema proporcional



17. La demandada suplicó la desestimación de la demanda en los términos que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.

3. Las sentencias de instancia

18. La sentencia de la primera instancia, que en correcta técnica detalla los hechos que sirven de fundamento fáctico a la decisión, desestimo la demanda incidental interpuesta por entender que "a lo que se procedió en la Junta de julio de 2008 es a separar a un administrador que incurre en situación de deslealtad, y no a coartar el derecho de representación de las minorías"

19. La sentencia de la segunda instancia confirmó la sentencia de la primera instancia por entender lícito el cese de los consejeros designados por el sistema de representación proporcional y, además, por entender concurrente justa causa para el cese.

4. Los recursos

20. Las demandantes y apelantes interpusieron contra la expresada sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

5. Oposición a la admisibilidad de los recursos

21. Con independencia de la oposición a los motivos concretos alegados, la recurrida se ha opuesto a la admisión a trámite del recurso de casación por inexistencia de interés casacional, ya que la recurrente no ha acreditado la existencia de dos o más sentencias firmes de un mismo órgano jurisdiccional y la manifiesta contradicción entre las sentencias que cita, además las que alega a favor aplican un precepto diferente al que en el recurso se sostiene infringido.

22. También se ha opuesto a la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal, al estar supeditada a la admisibilidad del de casación.

23. Además alega la defectuosa preparación del recurso al no aportarse las certificaciones que exige el artículo 481.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

6. Admisión de los recursos por razones formales

24. La universalización del recurso de casación por razón de interés casacional, como destaca el acuerdo de esta Sala de 30 de diciembre de 2011, es la modalidad que mejor permite al Tribunal Supremo, en palabras del Preámbulo de la Ley 37/2011, "cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos". Estos fines son los de unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil y corresponden a la Sala Primera del Tribunal Supremo. Por esta Razón se admite cierta atenuación de las exigencias formales en los casos en los que se infringe la doctrina mantenida en sentencias del Pleno de esta Sala o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional o cuando a criterio de la Sala Primera la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado.

25. También por excepción a la exigencia de que se acredite la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales es admisible el recurso de casación cuando, a criterio de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre el problema jurídico planteado.

26. Admitidos a trámite los recursos por auto de 17 de mayo de 2011 por entender concurrentes los presupuestos y requisitos legalmente exigidos a tal fin, no hay razón para apreciar en esta fase del proceso la concurrencia de causa de inadmisión por razones formales.

SEGUNDO: SÍNTESIS DEL CONFLICTO

27. Razones sistemáticas hacen conveniente sintetizar la cuestión a decidir en esta instancia prescindiendo de matices que, si bien son necesarios para la identificación del caso, pueden entorpecer la identificación del objeto del pleito en esta instancia y dificultar, la comprensión de la doctrina de esta Sala sobre la materia.

28. La sentencia recurrida confirma la de primera instancia y desestima la demanda de nulidad del acuerdo de la Junta General de Funespaña que tuvo lugar el 26 de junio de 2008, por el que la mayoría acordó el cese de los Consejeros nombrados en la Junta General de 25 de julio de 2007 por el sistema de designación proporcional.

29. La desestimación de la demanda se sustenta en dos argumentos: a) la Junta General puede separar *ad nutum* a los administradores designados por la minoría con el único límite del abuso de derecho, que no fue alegado; y b) concurre en el caso causa de separación.



30. En el recurso de casación la recurrente alega abuso de derecho por la mayoría y manifiesta que la actuación de los administradores no fue desleal. Además, sostiene que, en su caso, la deslealtad no es causa de separación de los administradores sino de una exigencia de responsabilidad a los mismos.

31. El recurso extraordinario por infracción procesal se centra en que tanto el abuso de derecho como la lealtad en el comportamiento de los Consejeros cesados fueron oportunamente alegados, por lo que la sentencia recurrida, al no motivar la desestimación de ambos alegatos, incurre en incongruencia.

TERCERO: SEPARABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DESIGNADOS POR REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

32. Para la tutela de los socios externos a la gestión de la sociedad frente a la actuación de los socios de control, nuestro ordenamiento regula la posibilidad de la agrupación de acciones a fin de designar miembros del Consejo de administración, a cuyo efecto el primer párrafo del artículo 137 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante TRLSA), vigente en la fecha en la que se desarrollaron los hechos -hoy 243.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (en lo sucesivo TRLSC)-, disponía que *"las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción"*.

33. Pero la facultad de agrupación a efectos de designación de vocales -cuyo nombramiento, sin embargo, se atribuye a la junta general- no tiene reflejo correlativo en el TRLSA así como en el Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo, que desarrolla el precepto transcrito.

34. El silencio de la norma ha dado lugar a que, mientras un sector de la doctrina propugna la atribución de la decisión de cesar sólo a la minoría que designó -ya que se considera coherente con la función de control por los socios externos del órgano de administración-, otro sector exigela concurrencia alguna de las causas de separación previstas en el artículo 132 TRLSA, y otro, finalmente, sostenga la posibilidad de cesarles *ad nutum*.

35. La cuestión ha sido abordada por esta Sala en las sentencias 653/2008, de 2 de julio y 830/2011 de 24 noviembre que permiten sentar las siguientes conclusiones:

a) El artículo 131 del TRLSA atribuye a la junta general la facultad de separación de los administradores, sin distinguir entre el de los consejeros designados por la mayoría y el de los que lo fueron por el sistema proporcional, de tal forma que no es preciso en estos supuestos la justa causa a la que se refiere el artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 224.2 de la Ley de Sociedades de Capital -. Lo que deja de ser lógica consecuencia de que los administradores lo son de la sociedad, no de un sector más o menos mayoritario de los socios.

b) A fin de que el derecho de la minoría a tener representación en el consejo de administración por el mecanismo de la agrupación de acciones no quede vacío de contenido por la utilización intencionada o extralimitada por la mayoría de la facultad de cesar, sin necesidad de "causa legal", a los designados, cabe *"atender a los límites generales impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos y facultades jurídicas, en este caso de los socios integrantes de la mayoría - artículo 7 del Código Civil -, además de a las condiciones que son consideradas precisas para la validez de los acuerdos sociales -artículo 115.1 del texto refundido-* ,

c) El hecho de que, por un lado, no sea precisa la concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 132 TRLSA, y, por otro, que el poder de la mayoría no sea admisible si se ejercita de forma arbitraria y caprichosa, exige admitir un control de la eventual arbitrariedad de su ejercicio.

d) El ejercicio anómalo de la facultad de cesar a los administradores designados por la minoría, en la medida en la que comporta una deslealtad frente a la propia sociedad, es susceptible de ser encuadrada a efectos de su impugnación entre los actos perjudiciales para la misma.

CUARTO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo del motivo

36. El primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Violación del derecho a la tutela judicial efectiva de esta representación consagrado en el artículo 24 CE, y del artículo 218,1 ° y 2° de la L.E.C. por incongruencia omisiva con los fundamentos de la pretensión y falta de motivación de la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial que reconoce se ha invocado el abuso de derecho en instancia y en el recurso de apelación, pero no razona en sus fundamentos de derecho sobre el abuso de derecho



expuesto en los motivos segundo y cuarto ni sobre la aplicación de los artículos 127 bis y 127 ter expuestos en el motivo tercero del recurso de apelación.

37. En su desarrollo la recurrente afirma que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva, al responder a cuestiones que no fueron alegadas por los demandantes -que los ceses de los Consejeros designados por la minoría no estaban en el orden del día- y no a los motivos de apelación consistentes en: a) el abuso de derecho de la mayoría; y b) el cumplimiento por don Pedro Antonio y don Daniel de los deberes que les imponía su condición de consejeros.

38. En relación con el primero de los motivos sostiene que en el momento de interposición de la demanda no conocía la sentencia 653/2008, de 2 de julio, de esta Sala, que fijó el abuso como límite al derecho de la mayoría a cesar a los consejeros designados por la minoría y que, si bien por tal razón en la demanda no hubo un desarrollo específico del mismo, aludió al mismo en la página 71 de dicho escrito. Además, la demandada se opuso a la existencia de abuso.

39. También afirma que la sentencia recurrida no responde a la alegación referida a la lealtad del comportamiento de los vocales cesados. Dado que el alegato revocatorio se reitera en el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, nos centraremos en el examen del primero de ellos.

2. Admisibilidad a trámite del recurso

40. Aunque no le falta cierta razón a la recurrida en su oposición al recurso, las alegaciones contenidas en el motivo permiten identificar la razón por la que se impugna la sentencia de la Audiencia Provincial: la incongruencia por no haber examinado la nulidad del acuerdo al haberse adoptado con abuso de la mayoría y no tener en cuenta que la actuación de los administradores respondía al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, por lo que en esta fase no procede rechazar la ya decidida admisión a trámite del motivo.

4. Valoración de la Sala

4.1. La claridad de la demanda.

41. Como tenemos declarado en la sentencia 670/2010 de 4 noviembre, con precedentes en el artículo 224 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y en el 524 de la de 1881, el artículo 399.1 de la vigente ley de enjuiciar, exige claridad y precisión en lo que se pida, lo que tradicionalmente cumple la finalidad de permitir al demandado defenderse de ella y fijar el objeto sobre el que el juez debía fallar - *"cierto puede el demandado saber por ellas en que manera debe responder (...)* E sobre todo, tomara apercibimiento el juez para ir adelante por el pleito, derechamente" (Partida Tercera, Título II, Ley XL)-. Se afirma en la sentencia 100/1999 de 13 febrero, haciendo suya la tesis de la de 24 de mayo de 1982, que *"tiene declarado esta Sala, los requisitos de claridad y precisión en la demanda no tiene otra finalidad que la de propiciar que los Tribunales puedan decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación interesada, única manera de que la decisión, en vez de nula, sea necesariamente adecuada y congruente con el debate sostenido (Sentencia de 13 de octubre de 1910), y que para cumplir con este requisito formal basta con que en la demanda se indique lo que se pide de modo y manera y con las características precisas para que el demandado pueda hacerse cargo de lo solicitado (Sentencia de 7 de julio de 1924)"*.

4.2. Desestimación del motivo

42. La aplicación de la regla expuesta aboca el motivo a su desestimación ya que la recurrente se ha limitado a la genérica afirmación de que *"el concepto de abuso de derecho fue expuesto de forma general y particular en la página 71 de la demanda"* y no ha identificado el párrafo o la expresión en la que sustenta tal alegato, sin que sea función de la Sala completar los vacíos de la argumentación de la recurrente con la correlativa indefensión de la contraria; y si lo que pretende la parte es que la expresión *"despótico ejercicio de la mayoría"* -única que a juicio de la Sala pudiera entenderse como reproche por anómalo ejercicio de la facultad de cese-, es suficiente para tener por alegado el abuso, el motivo está igualmente destinado al fracaso, ya que no se argumenta en qué medida se han sobrepasado los límites normales del ejercicio del derecho.

QUINTO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo del motivo

43. El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Violación del derecho a la tutela judicial efectiva de esta representación consagrado en el artículo 24 CE, y del artículo 218,1 ° y 2° de la L.E.C. porque el demandado apelado no alega indefensión y sin embargo la sentencia de la Ilma Audiencia Provincial no razona sobre los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de apelación, debatidos y no resueltos en primera instancia, de la que el demandado apelante no alega no se haya defendido con plena capacidad y libertad de defensa.-



44. En su desarrollo, en argumentación que en parte reproduce el primero, alega que la sentencia recurrida no responde al alegato de que los vocales cesados, al comunicar determinadas irregularidades internas al Alcalde Presidente de la sociedad mixta Cementerio Jardín de Alcalá de Henares. S.A. y a la Intervención del Excmo. Ayuntamiento de Madrid (socio de Funespaña en la Empresa Mixta Funerarios de Madrid, S.A.), en modo alguno actuaron deslealmente, sino en cumplimiento de sus obligaciones como administradores.

2. Valoración de la Sala

4.1. La conexión del recurso con la sentencia.

45. En contra de lo afirmado en el recurso, la sentencia recurrida examina la lealtad del comportamiento de los consejeros cesados y llega a la conclusión de la existencia de justa causa para el cese, al remitirse a la de la primera instancia. En efecto, la sentencia de forma expresa da por reproducidos "los razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho 8 y 9 de la mencionada resolución que hacemos nuestros y evitamos repetir"; Y esta, en este extremo, tras detallar el comportamiento de los administradores cesados, declara que "en modo alguno lo es [leal] que se comunique [determinada información] al Alcalde de Alcalá de Henares (...) Tampoco lo es comunicar a la intervención del Ayuntamiento de Madrid (...), adjudicaciones extrañas, falta de elaboración de cuentas anuales y ocultamiento de información (...). Estos hechos perjudican el interés social por poner en sobreaviso a estas instituciones públicas, vinculadas con Funespaña SA en la adjudicación de contratos de gestión de cementerios, que pueden dar lugar a toma de represalias exclusivamente empresariales (...) las informaciones indicadas se refieren, no a posibles fraudes a las actuaciones públicas, sino a decisiones exclusivamente empresariales, todas ellas ya tratadas en Consejos de Administración (...) lo que se procedió en la Junta de julio de 2008 es a separar a un administrador que incurre en situación de deslealtad, y no a coartar el derecho de representación de las minorías".

4.2. Desestimación del motivo.

46. Consecuentemente con lo expuesto, el motivo aparece desconectado de la sentencia recurrida y debe ser, por ello, desestimado.

SEXTO: RECURSO DE CASACIÓN

47. Los dos motivos del recurso de casación son, por su contenido, susceptibles de su estudio de forma conjunta.

1. Enunciado de los motivos

48. El primer motivo del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción por inaplicación del artículo 137 de la LSA, como consecuencia de la inadecuada aplicación del artículo 131 del mismo cuerpo legal.

49. El segundo motivo del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción por incorrecta aplicación de los artículos 127 bis y 127 ter, ambos de la LSA.

2. Desarrollo de los motivos

50. En desarrollo del primer motivo la recurrente afirma que los consejeros nombrados por designación de una agrupación de acciones, en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida, no pueden ser libremente revocados por acuerdo mayoritario de la Junta, sin necesidad de alegar justa causa, sin que sea suficiente para la tutela del derecho de la minoría agrupada la facultad de designar tres suplentes y que el artículo 131 LSA cede excepcionalmente ante la norma especial que recoge el artículo 137 de la LSA, de tal forma que se despoja de la voluntad de la mayoría de los accionistas expresada en la Junta, la posibilidad de nombrar a los consejeros que tiene derecho a nombrar la minoría agrupada y, por tanto, como inexorable efecto de ello, también se despoja de la voluntad de la mayoría, la posibilidad de separar a los consejeros que ella no ha nombrado y que queda constreñida a la concurrencia de alguna de las causas legales de separación, esto es, las establecidas en el artículo 132 Ley de Sociedades Anónimas.

51. Además, sostiene que la justa causa para el cese señalada por la sentencia recurrida, no tiene en cuenta que las denuncias de irregularidades en el entorno de don Juan Antonio Valdivia Gerada (entonces Vicepresidente Primero Ejecutivo de FUNESPAÑA, S.A.) a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al Alcalde Presidente de la sociedad mixta Cementerio Jardín de Alcalá de Henares. S.A. y a la Intervención del Excmo. Ayuntamiento de Madrid (socio de Funespaña en la Empresa Mixta Funerarios de Madrid, S.A.) responden al cumplimiento de sus obligaciones ya que ambas están ambas gestionadas por Funespaña y las irregularidades comunicadas versan sobre la contratación de proveedores de éstas, entre otras empresas del grupo, realizada por decisión del Sr. Valdivia sin su sometimiento o conocimiento, ni al órgano de administración de la participada, ni al de la

propia Funespaña, por lo que, en contra de lo que afirma la sentencia recurrida, su finalidad no era perjudicar a la sociedad.

52. En desarrollo del segundo la recurrente sostiene que la sanción por la infracción de los deberes de fidelidad y lealtad del administrador de la sociedad anónima consagrados en los artículos 127 bis y 127 ter de la LSA . en el régimen de aplicación previsto en nuestro ordenamiento no es la separación, sino la exigencia de responsabilidad al amparo de lo previsto en el artículo 133, apartado 1, de la Ley de Sociedades Anónimas .

3. Admisibilidad formal de los motivos

53. Aunque de nuevo no le falta cierta razón a la recurrida, al oponerse a la admisión superado el trámite no hay causa bastante para, en el caso enjuiciado, revisar lo que decidimos en nuestro auto de diecisiete de mayo de dos mil once.

4. Valoración de la Sala

2.1. La separabilidad de los administradores designados por acciones agrupadas.

54. Como hemos indicado el TRLSA no atribuye ni el nombramiento ni la separación de los administradores a las minorías agrupadas, sino a la mayoría reunida en junta general, reconociendo a las agrupaciones la facultad de "designar" vocales. Por esta razón, en los términos que hemos indicado, la facultad de cesarlos se atribuye a la "mayoría de la sociedad", no a la "mayoría de la minoría".

55. No obstante, las importantes facultades decisorias que comporta la gestión de la sociedad -al extremo de que se apunta a que el verdadero poder en el seno de las sociedades en la realidad radica en los administradores y no en la junta general-, exigen el respeto del derecho de la minoría agrupada a designar administradores, por lo que, aunque no impide a la mayoría que cese a los nombrados a designación de aquella, sin necesidad de que concurra "causa legal de separación", no permite un ejercicio arbitrario e inmotivado de tal facultad, ya que, en otro caso, quedaría sin contenido el derecho de la minoría y mermadas sus facultades de control del órgano de administración.

2.2. La separación de los administradores desleales designados por acciones agrupadas.

56. Lo expuesto, es determinante de la adecuación a derecho de la separación de los administradores desleales y de aquellos cuyo comportamiento lesione los intereses de la sociedad, aunque su conducta no sea susceptible de encuadrarse en los supuestos previstos en el artículo 132 TRLSA , de tal forma que, en contra de lo que pretende la recurrente, resulta irrelevante que la norma no imponga la separación de los administradores que infringen sus deberes de leal y diligente administración, ya que la infracción opera en el caso como justificación del ejercicio no abusivo por la mayoría de la facultad de cesar a los nombrados a designación de la minoría.

2.3. Desestimación de los motivos.

57. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar los motivos.

SÉPTIMO: COSTAS

58. Procede imponer las costas de ambos recursos 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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por don Pedro Antonio , INVAFI, S.L. y ASTALDO, S.L., representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Concepción Puyol Montero, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería Sección 2ª el día veintidós de marzo de dos mil diez, en el recurso de apelación 185/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Almería, con competencias en materia mercantil, en los autos 230/2008.

Segundo: Imponemos a las expresadas recurrentes don Pedro Antonio , INVAFI, S.L. y ASTALDO, S.L., las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

Tercero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don Pedro Antonio , INVAFI, S.L. y ASTALDO, S.L., bajo la representación indicada, contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería Sección 2ª el día veintidós de marzo de dos mil diez, en el recurso de apelación 185/2009.



Cuarto: Imponemos al recurrente las recurrentes las costas causadas por el recurso de 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 .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .- Antonio Salas Carceller.-Ignacio Sancho Gargallo .- 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ