



Roj: **STS 5407/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5407**

Id Cendoj: **28079110012014100683**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2014**

Nº de Recurso: **685/2012**

Nº de Resolución: **609/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1/2012,**
STS 5407/2014

SENTENCIA

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por el procurador D. Germán Ors Simón o en nombre y representación de RESIDENCIAL MONTE CARMELO, S.A., contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dimanante de procedimiento ordinario 318/2011, que a nombre del recurrente, se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao.

Es parte recurrida, IBERDROLA, S.A. representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador D. Germán Ors Simón en nombre y representación de RESIDENCIAL MONTE CARMELO, S.A., formuló demanda de juicio ordinario, frente a la entidad mercantil IBERDROLA, S.A., en la que suplicaba lo siguiente: "*[...] declare nullos de pleno derecho los acuerdos decimocuarto y decimoquinto adoptados fuera del orden del día por la Junta General Ordinaria de Accionistas de Iberdrola, S.A. celebrada el día 26 de marzo de 2010, por lo que se acordó, respectivamente, destituir a los consejeros (titular y suplente) previamente designados por Residencial Monte Carmelo S.A. mediante el sistema de representación proporcional y reducir a catorce el número de vocales del Consejo de Administración, con expresa condena en costas a la parte demandada*".

2. El procurador D. Germán Apalategui Carasa en nombre y representación de IBERDROLA S.A., presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "*acuerde el sobreseimiento y archivo del juicio, tras la audiencia previa, por caducidad de la acción ejercitada; o, subsidiariamente, continuando el juicio por todos sus trámites, dice sentencia en su día, por la que desestimando íntegramente la demanda se absuelva libremente de ella a esta parte; con expresa imposición al actor de las costas causadas en este litigio en ambos casos*".

3. El Juzgado de lo Mercantil 1 de Bizkaia, Procedimiento Ordinario 411/2010, dictó Sentencia núm. 9/2011 de 26 de enero de 2010, con la siguiente parte dispositiva: "*Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A. contra IBERDROLA S.A. referida en el encabezamiento de esta resolución*".

Las costas procesales son impuestas a la demandante."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A. La representación procesal de IBERDROLA S.A. se opuso al recurso de apelación interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que dictó Sentencia núm. 22/2012 el 20 de enero 2012 , cuya parte dispositiva decía:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A. representada por el Procurador D. Germán Ors Simón, contra la sentencia dictada el 26 de enero de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Bilbao , en los autos de Juicio Ordinario nº 411/10, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

La confirmación de la resolución recurrida conlleva la pérdida del depósito constituido para recurrir, que será transferido por el Secretario Judicial a la cuenta de depósitos de recursos desestimados."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

5. La representación de RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A., interpuso los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

" RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL :

ÚNICO. - Vulneración del derecho de Residencial Monte Carmelo a utilizar los medios de prueba necesarios para su defensa (art. 24.2 de la Constitución Española), al haberse admitido la introducción en la contestación a la demanda de elementos justificativos del cese del consejero de Residencial Monte Carmelo que no habían sido empleados en la junta general y denegar la práctica de la prueba pericial propuesta por Residencial Monte Carmelo a la vista de tales hechos nuevos (art. 469.1.4º LEC).

RECURSO DE CASACIÓN :

ÚNICO.- Vulneración por inaplicación de la doctrina jurisprudencial en interés casacional emanada de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Sección 1ª, nº 1166/2008, de 5 de diciembre (RJ 2009/14), sobre cese de los administradores que tengan intereses opuestos a los de la sociedad en la que ostentan ese cargo (art. 477.2.3º LEC)."

6. Por Diligencia de ordenación de 29 de febrero de 2012, la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, tuvo por interpuesto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente la procuradora Dª Isabel Covadonga Juliá Corujo en nombre y representación de RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A.. Y, como recurrido el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de IBERDROLA, S.A.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 26 de junio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 20 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 318/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 411/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao.

2º) Y entréguese copia de los escritos de interposición de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación 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 secretaria."

9. La representación procesal de IBERDROLA S.A., presentó escrito oponiéndose al recurso interpuesto.

10. Posteriormente, IBERDROLA solicitó al amparo del art. 22 LEC , la terminación anticipada del pleito por falta de interés legítimo de RESIDENCIAL MONTE CARMELO, S.A., a lo que se opuso esta última

Celebrada la comparecencia el día 20 de febrero de 2014, se dictó auto el 23 de abril de 2014, que desestimó la petición de IBERDROLA

11.- Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 1 de septiembre de 2014, para votación y fallo el día 15 de octubre de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

En síntesis, son antecedentes relevantes para la resolución de los recursos extraordinarios interpuestos por RESIDENCIAL MONTE CARMELO (en lo sucesivo RMC), los siguientes:

1. Por RMC, hoy recurrente, -titular del 6,194% del capital social de IBERDROLA S.A. (en lo sucesivo IBERDROLA) y participada íntegramente por ACS, cuyo grupo alcanzó una participación en el capital social de IBERDROLA de casi el 20 %, interpuso demanda contra IBERDROLA, de impugnación de acuerdos sociales, - los asuntos señalados en el orden del día como decimocuarto y decimoquinto-, adoptados por la junta general ordinaria de accionistas de IBERDROLA el día 26 de marzo de 2010. Se acordó, por el primero, destituir a los Consejeros designados por RMC mediante el sistema de representación proporcional (acuerdo decimocuarto) y reducir a catorce el número de vocales del consejo de administración (acuerdo decimoquinto). Se solicita en la demanda la nulidad de pleno derecho de los acuerdos sociales impugnados por violación del derecho de representación proporcional del art. 137 en relación con el art. 132.2 de la hoy derogada Ley de Sociedades Anónimas . Fundamenta la nulidad en que no se da, a su juicio, el presupuesto legal que vendría exigido por ese precepto para el cese del Consejero por ella nombrado, por cuanto el grupo ACS no podía ser considerado competidor del grupo IBERDROLA, no existiendo intereses opuestos entre ambos grupos. Añadía, además, otras causas adicionales de nulidad relativas a la violación del derecho de información de RMC.-

IBERDROLA contestó, oponiéndose y solicitando la desestimación íntegra de la demanda, por la existencia del referido conflicto de interés, que entiende es estructural y de competencia directa y permanente entre ambos Grupos, el que tiene como sociedad dominante a ACS, accionista único de RMC, y el que tiene como sociedad dominante a IBERDROLA, en los sectores de energía renovables e ingeniería industrial, así como en áreas estratégicas del grupo.

2. La sentencia de primera instancia llegó a la conclusión de que existe un conflicto de competencia directo, estructural y permanente entre los grupos ACS e IBERDROLA en energías renovables y en ingeniería industrial porque ambos concurren, con distintas cuotas de mercado, en los mismos ámbitos geográficos. También consideró que existe riesgo de competencia potencial en otras áreas de negocio como el coche eléctrico, servicios de ahorro energético e intereses en sus relaciones cliente/proveedor; desestimó la demanda con imposición de costas.

3. El demandante recurrió en apelación, y la Audiencia Provincial, por sentencia de 20 de enero de 2012 , desestimó el recurso.

En relación con las cuestiones que serán objeto de los recursos extraordinarios, la Audiencia Provincial consideró, en primer lugar, que IBERDROLA no había variado, en el escrito de contestación a la demanda, las razones que utilizó para fundamentar los acuerdos impugnados en la Junta de accionistas; en segundo lugar, no se le había causado a RMC indefensión por la inadmisión de lo que llama una nueva pericial a los efectos de valorar los criterios utilizados por las periciales de la demandada; y, en tercer lugar, respecto al fondo, concluyó que ambos grupos empresariales están integrados por sociedades directa y efectivamente competidoras, fundamentalmente, en el sector de las energías renovables y en el de ingeniería industrial, puesto que compiten con regularidad cotidiana en la adjudicación de obras públicas y privadas de toda clase y de gran envergadura, y que la competencia conlleva a la existencia de un conflicto estructural y permanente entre ambos grupos empresariales.

Frente a la anterior sentencia la parte demandante y apelante formaliza recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- *Formulación y razonamientos del motivo único que funda el recurso.*

Se articula en los siguientes términos: "*Vulneración del derecho de Residencial Monte Carmelo a utilizar los medios de prueba necesarios para su defensa (art. 24.2 de la Constitución Española), al haberse admitido la introducción en la contestación a la demanda de elementos justificativos del cese del consejero de Residencial Monte Carmelo que no habían sido empleados en la junta general y denegar la práctica de la prueba pericial propuesta por Residencial Monte Carmelo a la vista de tales hechos nuevos (art. 469. 1. 4º LEC)".*

1. Dos son los submotivos que integran el motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal que, al entender del recurrente, suponen vulneración del art. 24 CE al haberse denegado la prueba pericial propuesta en ambas instancias. La prueba pericial iba dirigida a demostrar que se habían utilizado en el escrito de contestación a la demanda argumentos o elementos justificativos del cese del Consejero nombrado por la minoría por el sistema de representación proporcional, distintos o que no habían sido empleados en la Junta



general, por lo que la pericia propuesta iba destinada a rebatir los nuevos criterios o argumentos. Consecuencia de lo anterior, la denegación de la prueba por parte del tribunal de apelación que confirmó la denegación del magistrado de lo mercantil, en la primera instancia, supone una lesión constitucionalmente relevante (ex art. 24 CE). Por lo que pide que, conforme al art. 476.2 LEC, se repongan las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en las infracciones del art. 24 CE al objeto de que el Juzgado de lo mercantil (a) inadmita las alegaciones e informes de la demandada que excedieran de los motivos y argumentos empleados en la junta de 26 de marzo de 2010 al adoptar el acuerdo decimocuarto; (b) y, subsidiariamente, admita la prueba pericial indebidamente denegada en ambas instancias.

En desarrollo de cuanto antecede señala la recurrente que IBERDROLA en el escrito de contestación, defendiendo la validez de los acuerdos impugnados, esgrimió nuevos argumentos y criterios que equivalen a ofrecer una fundamentación distinta de la empleada en la Junta que acordó el cese del Consejero propuesto por RMC. Criterios y argumentos que encontraban su fundamento en dos informes económicos acompañados en el escrito de contestación, emitidos por NERA y PWC, que establecían que la competencia se daba en los sectores de energías renovables y de ingeniería industrial referida a la construcción de activos energéticos, basados en la magnitud de la inversión realizada en ellas y en la deuda neta.

Tales informes, señala, no fueron facilitados en la Junta que acordó el cese del consejero, sino tan sólo sus resúmenes ejecutivos. A su entender, son alegaciones o argumentaciones a las que el recurrente no ha podido dar respuesta en su demanda y con la nueva pericia podría hacerlo.

Tras la exposición sobre los trámites procesales que se han seguido sobre la petición de la prueba pericial solicitada para contrarrestar los dictámenes de NERA y PWC, en la audiencia previa, en la vista, y en los recursos interpuestos contra su denegación, concluye, tras exponer la jurisprudencia que interesó sobre la importancia de la prueba, que, de haberse admitido, hubiera podido llevar a los juzgadores a una conclusión diferente, pues habría puesto de manifiesto que las inversiones y los restantes criterios aducidos por IBERDROLA no son elementos determinantes a efectos de acreditar una supuesta relación de competencia económica. Por ello solicita reponer las actuaciones al acto de la vista (ex art. 476.2 LEC), y subsidiariamente, se admita la prueba pericial propuesta por RMC, para ser aportada al proceso.

TERCERO.- Razones de la Sala para la desestimación del recurso.

1. El derecho a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa con relevancia constitucional (art. 24.2 CE) obliga a traer a colación, sucintamente, y en lo que al caso concierne, los principales postulados de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre el contenido del referido derecho.

Como recuerda la STC 190/1997, y reitera la STS de 18 de diciembre de 2013, con cita de las SSTS 5845/2010 de 10 de diciembre y 778/2012, de 27 de diciembre, ese derecho fundamental es ejercitable "en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de defensa, que «garantiza a quien está inmerso en un conflicto jurisdiccional la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento» (STC 131/1995). No comprende, empero, un hipotético «derecho de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada» (STC 89/1986), en virtud de la cual las partes estuvieren facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer (SSTC 40/1986, 212/1990, 87/1992, 233/1992 y STS 152/2006). Antes al contrario, dada su naturaleza de derecho de configuración legal, la acotación de su alcance «debe encuadrarse dentro de la legalidad» (STC 167/1988 y más recientemente STC 173/2000, de 26 de junio) de tal modo que es conditio sine qua non para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, 147/2002, de 15 de junio y 165/2001, de 16 de julio, entre otras muchas). En consecuencia, no podrá apreciarse lesión de tal derecho cuando la inadmisión de la prueba se haya producido en aplicación estricta de normas legales, cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda (SSTC 149/1987, 212/1990 y 187/1996). Y como recuerda la STC 205/1991, de 30 de octubre (Fundamento de derecho tercero, párrafo segundo), la denegación de pruebas que el Juzgador estime inútiles no implica necesariamente indefensión, pues tal facultad denegatoria viene impuesta por evidentes razones prácticas como son evitar dilaciones del proceso, o el despilfarro de esfuerzos que conlleva practicar pruebas indebidas y por la injusta comprensión que las pruebas impertinentes o inútiles introducen en el objeto del proceso, estando limitada la protección constitucional cuando las pruebas (tengan una relación con el thema decidendi [supuesto que debe decidirse] (SSTC 147/2002, de 15 de julio ; 70/2002, de 3 de abril ; y 165/2001, de 16 de julio) .

Por lo demás, siendo inobjetable que atañe a los Tribunales ordinarios, según lo establecido en el art. 117.3 C.E., interpretar las normas legales aplicables a fin de pronunciarse sobre la admisión de los medios de prueba (STC 52/1989), resulta también incontrovertible que este Tribunal sólo podrá revisar esta actividad jurisdiccional en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda justificación, o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 149/1987, 52/1989, 94/1992



, 233/1992 y 1/1996 , entre otras) , y en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril), al ser susceptible de alterar el fallo a favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre).

Añádase a lo anterior que la jurisprudencia constitucional también ha señalado la correlación existente entre la denegación de las pruebas y la indefensión de carácter material que haya podido generar a quien las ha propuesto, pues, sólo cuando concurre esta última, puede apreciarse el efectivo menoscabo del derecho de quien por este motivo busca amparo (por todas, SSTC 59/1991 , 205/1991 , 357/1993 , 1/1996 y 190/1997). De ahí que, al igual que no existe indefensión con relevancia constitucional cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente (STC 149/1987), tampoco se da dicha indefensión cuando, aun concurriendo en la inadmisión de la prueba alguna irregularidad procesal, no existe o no se demuestra en esta sede la relación entre los hechos que si se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (v. gr., SSTC 149/1987 , 131/1995 y 1/1996)."

2. Los autos de 15 de abril y 7 de junio de 2011 del Tribunal de apelación son ajustados a derecho pues, conforme previene el art. 460.2.1ª de la LEC , entendió que fue debidamente denegada la prueba pericial por el Juez de lo mercantil, por no hallarse en los supuestos de los arts. 265.3 y 338 de la LEC . En efecto, razonan que el dictamen que se solicita de forma reiterada por el recurrente (audiencia previa y vista) solo podía tener por objeto "valorar los criterios a su vez utilizados en los dictámenes periciales de la demandada IBERDROLA o lo que es lo mismo, a los efectos de revisar las variables apropiadas para medir la interinidad del conflicto o de competencia..."

No le falta razón al Tribunal cuando deniega la práctica de la prueba pericial propuesta, tras la contestación de IBERDROLA a la demanda de RMC.

En efecto, el objeto del proceso queda definitivamente delimitado con las pretensiones deducidas en la acción o acciones ejercitadas con la demanda, con la oposición y excepciones del escrito de contestación, las pretensiones formuladas en el escrito de reconvencción y contestación a la misma. Configurado así el objeto del proceso, la actividad probatoria tiene como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso (art. 281 LEC), por lo que "no deberá admitirse ninguna prueba" que sea impertinente o no guarde relación con lo que sea objeto del proceso o sea inútil y que, en ningún caso, pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283 LEC). La inadmisión que no se funde en la inutilidad o impertinencia constituye efectivamente una denegación en justicia que tiene su amparo constitucional como se ha visto precedentemente. Pero no se da en el caso enjuiciado.

3. En el caso de autos se pone de manifiesto:

1º Que la actora recurrente aportó seis dictámenes sobre el objeto del litigio, y la demandada siete, todo ello sin contar con los documentos y anexos. Por esta razón, la instancia entendió que eran de "escasa utilidad o relevancia" atendiendo el material probatorio aportado en autos.

2º Que la actora recurrente reconoce que en la Junta en la que se adoptaron los acuerdos impugnados, se facilitaron los "resúmenes ejecutivos" de los dictámenes periciales de NERA y PWC, en los que figuraban los criterios y parámetros utilizados en los mismos, como así lo destaca la sentencia recurrida (Fundamento de derecho segundo). Por ello, no pudieron tener efectos sorpresivos cuando fueron aportados con la contestación a la demanda.

3º. Que los peritos de la actora pudieron preparar con tiempo las preguntas y objeciones, y requerir las explicaciones que consideraron oportunas sobre los métodos, premisas y conclusiones de tales dictámenes periciales a los peritos autores de los mismos (art. 347.1 LEC), y formular las críticas oportunas en la fase del juicio.

4º Que la admisión de un nuevo peritaje hubiera supuesto dar réplica a los aportados por la demandada, provocando una vulneración del principio de igualdad de armas por el desequilibrio procesal que hubiera causado.

5º. Que el recurrente pretende justificar la vulneración del derecho constitucional a utilizar los medios de prueba necesarios para su defensa, alegando que ambos dictámenes supusieron un cambio de objeto en relación a las causas alegadas en la Junta de accionistas que fundamentaron el cese del consejero. El argumento no puede aceptarse. Las razones que llevaron a los accionistas a considerar que había una situación de conflicto de intereses directa, estructural y permanente, sobre la base de la información y datos facilitados por el Consejo, no se oponen ni es contrario a derecho a que, en la contestación a la demanda de impugnación de los acuerdos sociales, no sólo se reiteren aquellos datos e informaciones, sino que se amplíen, maticen y contradigan los



aportados por el actor en su escrito impugnatorio. Unos y otros sirvieron para fijar los hechos objeto del proceso y sobre los mismos se practicó la prueba.

Debemos, pues, concluir que en la denegación de la prueba por el Tribunal de apelación no se le ha ocasionado a RMC indefensión alguna, no procede, en consecuencia, la retroacción de las actuaciones ni admitir una nueva prueba pericial.

Por ello, el motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN.

CUARTO.- Formulación y razonamientos del motivo único del recurso

Se formula en los siguientes términos: "*Vulneración por inaplicación de la doctrina jurisprudencial en interés casacional emanada de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Sección 1ª, nº 1166/2008, de 5 de diciembre (RJ 2009/14), sobre cese de los administradores que tengan intereses opuestos a los de la sociedad en la que ostentan ese cargo (art. 477.2.3º LEC)*".

1. Señala que la "*ratio decidendi*" de la sentencia recurrida es la aplicación del art. 132.2 LSA (art. 224.2 LSC) al caso concreto que motiva el litigio ("*los administradores y las personas que tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general*").

Afirma que el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse de manera precisa y contundente sobre cuándo existe conflicto de intereses por una situación de competencia, ni lo que debe entenderse por sociedad competidora.

Destaca que la sentencia recurrida sigue el criterio sentado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2005, de la Sección 15ª (asunto Acciona/FCC), acerca de la cual considera de modo positivo la técnica de la ponderación de intereses, comprobando si efectivamente el concreto interés social posee un mayor peso que el interés de la minoría en nombrar un Consejero por el sistema de representación proporcional; en este sentido reproduce el parámetro de medida de conflicto de intereses que contiene la Sentencia de la Audiencia Provincial al señalar que el conflicto que contempla la norma (art. 132.2 LSA - 230.3 LSC) es un conflicto de intereses permanente, estructural, no aislado, eventual o coyuntural.

2. El criterio expuesto, reconoce el recurrente, es el que sigue la Audiencia Provincial de Bilbao en la sentencia recurrida, y es el que empleó IBERDROLA para cesar al Consejero nombrado por RMC. Entiende RMC que sería importante conocer lo que la legislación societaria quiere significar cuando se refiere a "*sociedad competidora*" o a "*conflicto de intereses*" como causa de cese de los Consejeros, y especialmente en aquellos casos en que éstos han sido designados por un accionista al amparo del sistema de representación proporcional.

Lo que le lleva a concluir que debe mediar una justa causa para proceder a la destitución de los consejeros nombrados por dicho sistema, bajo el riesgo de infringir el art. 137 LSA (243 LSC). Por consiguiente, nada se opone a que el Tribunal Supremo determine si en el caso examinado, sobre la base de los hechos declarados probados, debe entenderse que ACS es una sociedad competidora y, por extensión, si el conflicto de intereses que plantea IB autorizaría a la Junta General a cesar al Consejero designado por la minoría, en lugar de optar por la aplicación del régimen legal de la abstención en los acuerdos o decisiones en los que puedan estar en conflicto (art. 127 ter LSA - 229 LSC).

La doctrina sentada por la STS que se invoca como vulnerada, de 5 de diciembre de 2008, se fija en los siguientes términos: "*en resolución, procede fijar como doctrina jurisprudencial que la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el art. 65 LSRL se infringe mediante la creación por parte de éstos, sin la autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses*" (FD Tercero).

La sentencia impugnada, dice el recurrente, desconoce la doctrina jurisprudencial invocada, porque no considera las circunstancias a valorar para determinar si existe una verdadera contraposición de interés y justifica la destitución sobre la base de una situación de competencia que es manifiestamente incapaz de generar cualquier riesgo real y consistente para Iberdrola y, por extensión, para justificar la negación práctica del derecho de representación proporcional del grupo ACS.

3. El recurrente, para justificar que la sentencia recurrida incurre en una falta de valoración de las circunstancias concretas que se dan en el caso enjuiciado, analiza todos los sectores económicos en los que IB y ACS concurren en el momento en que tuvo lugar el cese del Consejero, ponderando los razonamientos tanto de la sentencia de primer grado como los del Tribunal de apelación, así como los criterios utilizados para su valoración: 1º la facturación del año 2009; 2º la inversión de 2004 a 2009; 3º el valor de los negocios; 4º la

posición de ambas sociedades en un ranking de ingeniería energética; y 5º, la realización de proyectos llave en mano o EPCs.

Concluye el recurrente, tras los correspondientes análisis de los criterios valorativos que "los datos de la propia sentencia recurrida ponen de manifiesto que ACS e Iberdrola no pueden merecer en ningún caso la consideración de competidores directos, estructurales y permanentes, a diferencia de FCC y Acciona que sí lo eran y que, de hecho, ni siquiera lo negaban. Aplicar la valoración que se hizo en ese caso que nos ocupa supone una vulneración de la doctrina jurisprudencial invocada, que para justificar el cese de un consejero por razones de competencia exige que haya un "daño real y consistente" y atender a las circunstancias del caso que, como hemos visto, son radicalmente diferentes. *Una correcta valoración por el Tribunal de los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial de Bizkaia sólo puede conducir, a la declaración de que la competencia entre las partes en conflicto no alcanza el grado o la intensidad suficiente como para calificarse de directa, estructural y permanente y, por tanto, no ampara el cese del consejero designado por RMC al amparo de su derecho de representación proporcional* (énfasis del recurrente)

QUINTO.- Razones de la Sala para la desestimación del recurso.

1. No parece que ofrezca dudas la "questio iuris" planteada en el recurso, y a lo largo del proceso: "si la Junta general sólo puede cesar a un Consejero nombrado por un accionista por el sistema de representación proporcional (art. 137 LSA - 243 LSC) cuando tiene intereses opuestos a la sociedad (art. 132.2 LSA -224.2 LSC) , o que lo fuera de una sociedad competidora (art. 127 ter 3 y 4 LSA - 230.2 LSC) ", y, de ser así, si en el presente caso, el conflicto de intereses es estable y permanente para justificar el cese del Consejero nombrado por la minoría.

Cuestión previa es determinar si la facultad reconocida en las leyes societarias (arts. 131 LSA y 68 LSRL - 223 LSC) de separar del cargo de administrador "en cualquier momento" por la Junta General, aun cuando la separación no conste en el orden del día, requiere, para los nombrados por la minoría, una justa causa o la revocación "ad nutum" es predicable también respecto de éstos, sin necesidad de que concurra justa causa como ha declarado la STS de 2 de julio de 2008 , que fijó como límites para el cese del consejero nombrado por la minoría los de la buena fe y la interdicción del abuso de derecho previstos en el art. 7 CC .

No hay duda de que la sentencia recurrida ha seguido la STS de 5 de diciembre de 2008 según la que, para cesar a los administradores nombrados por la minoría, es necesaria la concurrencia de justa causa, tras valorar las circunstancias concretas que concurran en el caso que se analiza, para evitar dejar sin contenido el derecho de las minorías.

En el presente supuesto, la invocación de los arts. 224.2 y 230.3 LSC hace referencia a que los administradores o el accionista que los nombró por el sistema de representación proporcional, ACS, tengan intereses opuestos a los de la sociedad porque el accionista o mejor, su grupo, tiene una sociedad competidora. Por consiguiente, la Junta General valoró para su cese, que existía un conflicto de intereses por una situación de competencia que la sentencia recurrida calificó de conflicto estructural y de competencia, directo y permanente entre ambos grupos empresariales, IBERDROLA y ACS .

2. El patrón de conducta que exige el ordenamiento societario, se corresponde al modelo de "un ordenado empresario" (art. 225.1 LSC) que supone entre otros deberes, el de lealtad y el de fidelidad (art. 226 LSC) como estándar del "representante leal" . Los administradores deben desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del "interés social" , por lo que están obligados a anteponer en todo momento los intereses de los accionistas a los suyos propios. Este deber de lealtad, pese a ser un estándar general, la ley ha cuidado de tipificar alguna de sus manifestaciones más importantes, entre ellas, y, en lo que aquí interesa, la "prohibición de aprovechar oportunidades de negocio" (art. 228 LSC - art. 127 ter 2 LSA) y las "situaciones de conflicto de intereses" (art. 229 LSC - 127 ter, 3 y 4, y 132.2 LSA).

Este último precepto, como cuestión relevante para el caso enjuiciado, prevé el remedio de la abstención de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiere, como forma de protección del interés social y, como señala la doctrina, como técnica menos invasiva y, por tanto, más proporcionada y adecuada a la naturaleza del problema, pero siempre que la situación de competencia fuera meramente ocasional .

3. La norma que contiene el art. 224.2 LSC (art. 132.2 LSA) es de carácter general, referida a cualquier Consejero, sea consejero delegado, o desarrolle tareas de mero control, cualquiera que sea su colaboración en las tareas de administración. También es distinto su alcance, según se trate de sociedades cerradas o cotizadas, como acontece en el presente supuesto, dejando, en todo caso, a la Junta General, "a posteriori" decidir, si a la vista de las circunstancias concretas, aprecia o no conflicto de intereses, y si la situación concurrencial es perjudicial para los intereses de la sociedad. Supone un procedimiento distinto del establecido



en otros ordenamientos estatutarios en los que es necesaria la autorización previa por parte de la junta para soslayar la prohibición o incompatibilidad de un determinado futuro consejero en un eventual conflicto de intereses.

Ante todo hay que estar a lo que establezcan los estatutos sociales, que pueden establecer un régimen más estricto que el establecido en la norma, como ha sucedido en supuestos en los que, habiéndose tolerado la presencia de un administrador competidor, tras determinadas desavenencias, han modificado el tratamiento del conflicto de interés en los estatutos sociales. Pero esta potestad no es omnímoda, y está sujeta a los límites que establece el art. 7 CC, como señalaron las SSTs de 2 de julio de 2008 y 24 de noviembre de 2011, citadas por el recurrente, en supuestos de cese de administradores nombrados por la minoría, para impedir dejar sin contenido este derecho.

4. En el caso enjuiciado, la Junta apreció justa causa para el cese, y las sentencias de ambas instancias, tras la valoración de las distintas situaciones de concurrencia en el mercado por las actividades desarrolladas por ambos grupos, concluyeron que la *situación de conflicto era estructural, no coyuntural, y de competencia directa y permanente entre ACS e IB*. No importa que las razones alegadas en la Junta no fueran exactamente las mismas que de forma exhaustiva se expusieron en el escrito de contestación. En cualquier caso, a la vista de las razones expuestas por el órgano de administración, la Junta valoró la intensidad de la competencia como contraria a los intereses de la sociedad, y adoptó el cese del consejero propuesto por el accionista minoritario.

Baste leer la detallada valoración que realizan las sentencias de instancia de las actividades llevadas a cabo por ambos grupos, partiendo de un escenario de concurrencia conforme a los numerosos peritajes aportados por las partes, en los sectores de energías renovables y en el de ingeniería industrial, en otras áreas de negocio comunes (vehículo eléctrico, relación cliente/proveedor, ahorro energético, etc...), y la valoración de los eventuales perjuicios que la permanencia del consejero ocasionaría a la sociedad IBERDROLA, para colegir que la sentencia recurrida es ajustada a derecho, respetuosa con la doctrina de esta Sala, al concluir que la competencia entre las partes en conflicto alcanza la intensidad suficiente para calificarla de directa, estructural y permanente.

El recurso de casación, al igual que el de apelación, recoge una encomiable, aguda y esforzada revisión de la valoración probatoria de la instancia, lo que no corresponde al recurso de casación, por no tratarse de una tercera instancia, pues la situación concurrencial es una situación de hecho que si bien debe ser apreciada jurídicamente no le corresponde a esta Sala revisar en cuanto a su fundamentación fáctica.

Como ha destacado recientemente la STS 243/2013, de 18 de abril: *"procede, por tanto recordar que la casación no abre una nueva instancia - sentencias 797/2011, de 18 de noviembre, y 625/2012, de 26 de octubre, entre otras muchas-. Y que -como precisó la sentencia 459/2012, de 19 de julio, tras otras muchas -el recurso de que se trata no constituye un instrumento que permita revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de la segunda, ya que su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por el recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados"*.

El motivo se desestima.

SEXTO.- Costas.

Procede imponerlas al recurrente al que se le han desestimado los recursos extraordinarios por infracción procesal, conforme al art. 398.1 LEC, con pérdida de los depósitos constituidos.

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación de RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, de fecha 20 de enero de 2012, en el Rollo 318/2011 que, en este alcance, confirmamos.

Se imponen las costas causadas al recurrente, con la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - Francisco Marin Castan.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, 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