



Roj: **SAP M 4370/2018 - ECLI:ES:APM:2018:4370**

Id Cendoj: **28079370282018100110**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **02/03/2018**

Nº de Recurso: **129/2016**

Nº de Resolución: **151/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0111949

Materia: impugnación de acuerdos. Pacto parasocial de opción de compra y cesión de derechos políticos. Pacto societario. Test de resistencia. Impugnación de acuerdo para que la sociedad no reconozca el pacto. Buena fe. Condición resolutoria. No cabe asimilar el pacto de cesión de derechos políticos a las acciones sin voto. El cesionario actúa en nombre propio y no en representación. El incumplimiento de la opción de compra permite su resolución, no la revocación del pacto de cesión de derechos políticos.

ROLLO DE APELACIÓN: 129/2016

Procedimiento de origen: Procedimiento Ordinario 544/2014

Órgano de procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid

Parte apelante: D. Eugenio

Procurador: D^a PALOMA PRIETO GONZALEZ

Letrado: D. RAMÓN BLANCO BUITRAGO

Parte apelada: SANDO DESARROLLOS CONSTRUCTIVOS S.L.

Procurador: D^a. ALICIA CASADO DELEITO

Letrado: D. JOAQUIN ALMOGUERO VALENCIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

SENTENCIA NÚM. 151/2018

En Madrid, a dos de marzo de dos mil dieciocho.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA y D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo



129/2016 los autos del procedimiento ordinario nº 544/2014 provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, el cual fue promovido por Eugenio contra SANDO DESARROLLOS CONSTRUCTIVOS S.L., siendo objeto del mismo acciones en materia de impugnación de acuerdos sociales.

Han sido partes en el recurso como apelante, Eugenio y como apelada SANDO DESARROLLOS CONSTRUCTIVOS S.L.; todos ellos representados y defendidos por los profesionales indicados en el encabezamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 8 de agosto de 2014 por la representación de Eugenio contra SANDO DESARROLLOS CONSTRUCTIVOS S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

"...a dictar sentencia que declare nula la Junta, así como los acuerdos en ella adoptados, con todas las consecuencias inherentes a tal nulidad, ordenando la cancelación de las anotaciones referentes a dicho acuerdos en el Registro Mercantil de Madrid, de haberse causado, y la nulidad de todos los acuerdos adoptados por la sociedad o sus administradores en ejecución y desarrollo de los acuerdos impugnados, con expresa condena en costas a la sociedad demandada, y lo demás procedente."

SEGUNDO.- La parte demandada presentó en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas de contrario.

TERCERO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid dictó sentencia, con fecha 30 de septiembre de 2015 cuyo fallo era el siguiente:

"DESESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales doña Paloma Prieto González, en nombre y representación de don Eugenio contra la sociedad Sando Desarrollos Constructivos, S.L y CONDENAR a la parte actora la pago de las procesales."

CUARTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de Eugenio se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte.

QUINTO.- Recibidos los autos en fecha 7 de marzo de 2016 se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

Se han personado en esta alzada tanto la parte apelante como la parte apelada, con sus respectivas defensa y representación.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 1 de marzo de 2018.

SEXTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: DESARROLLO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA.-

Eugenio entabló demanda contra SANDO DESARROLLOS CONSTRUCTIVOS S.L., (en adelante SDC) en ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales prevista en el artículo 204 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC)

Los acuerdos impugnados son los contenidos en los puntos primero y cuarto adoptados en la Junta General de socios de SDC de fecha 30 de junio de 2014. El motivo de impugnación se centra en el hecho de que el actor se dice privado ilegítimamente de su derecho de voto y en que suplantó su representación el socio GRUPO EMPRESARIAL SANDO S.L. (en adelante GRUPO EMPRESARIAL).

En la demanda se indica que la privación del derecho de voto se sustentó indebidamente en la existencia de un contrato de opción de compra de participaciones de SDC, suscrito el 2 de marzo de 2005 y novado el 20 de mayo de 2008, en el que fueron partes el Sr. Eugenio como optante y GRUPO EMPRESARIAL, como optataria.



El demandante refiere que con motivo de la opción de compra, las partes pactaron que el Directivo (el actor) se comprometía a ceder a favor del socio (GRUPO EMPRESARIAL) el ejercicio de los derechos políticos derivados de la titularidad de las participaciones sociales de la sociedad (SDC).

El actor no considera, sin embargo, que la cláusula en cuestión resulte suficiente para que SDC reconozca la representación del actor que se irroga GRUPO EMPRESARIAL. En primer lugar, porque se trata de un pacto entre socios no oponible a la sociedad; en segundo lugar, porque es nulo, al obviar la normativa imperativa sobre las acciones sin voto; en tercer lugar porque la representación que se auto-atribuye GRUPO EMPRESARIAL contraría lo dispuesto en el artículo 183 LSC; y en cuarto lugar porque el contrato en cuestión venía vinculado por las partes a un contrato laboral, por lo que sus efectos se extinguieron en la medida en que dicho contrato laboral hubo cesado. Esta extinción consta en el acta de la Junta.

SDC admitió en su contestación que el Sr. Eugenio es socio de SDC con una participación del 0,9% del capital social, cuyo origen es el contrato de opción de compra a que se refiere la demanda. Los otros dos socios son GRUPO EMPRESARIAL, con un 85,65% y SANDO DIVERSIFICACIÓN S.L.U., con un 13,45%.

La tesis que defiende SDC es que el Sr. Eugenio no ostenta derechos políticos en la compañía debido la cesión efectuada por el actor en favor de GRUPO EMPRESARIAL., en virtud de un contrato societario en el que además del actor y la citada sociedad, también fue parte la propia SDC.

La sentencia de la anterior instancia resultó desestimatoria de la demanda. La juez "a quo" considera que resulta contrario a la buena fe que el actor impugne un acuerdo social que no es más que el resultado de aplicar en sus propios términos un pacto en el que él ha sido parte.

Frente a tal resolución el demandante ha formulado recurso de apelación, que será objeto de análisis seguidamente.

SEGUNDO: RECONOCIMIENTO POR LA SOCIEDAD DEMANDADA DEL PACTO DE CESIÓN DEL DERECHO DE VOTO.-

Entiende el recurrente que la cesión de derechos políticos es nula de pleno derecho por infracción del principio de indivisibilidad que consagra el artículo 90 LSC, conforme al cual, las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada son partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social.

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, aunque haya sido "obiter dicta", en el procedimiento entre las mismas partes que aquí litigan. En la sentencia 149/2016 de 22 de abril declaramos la legalidad de este tipo de pactos. Al respecto, dijimos lo siguiente:

"Los pactos de cesión de derechos políticos, que entrañen una disgregación de los derechos de asistencia y voto respecto de la calidad de socio, han sido considerados lícitos por la sentencia de la Sala 1ª del TS de 23 de octubre de 2012 . En este caso existe un pacto parasocial de esa índole firmado por el demandante, que también suscribió la sociedad (en sede de la "addenda" en la que intervino también la representación de SANDO DESARROLLOS CONSTRUCTIVOS SL), que determina una vinculación convencional entre las partes y que está sujeto al régimen de responsabilidades y de mecanismos de solución de diferencias propios de las obligaciones contractuales. Deberán, no obstante, tenerse muy presentes, en lo que se refiere al ámbito puramente orgánico de la entidad, dos condicionantes: 1º) las limitaciones legales que pudieran surgir a la hora de tratar de ejecutar ese convenio por razón de la concesión de tal tipo de derechos precisamente a la propia sociedad; y 2º) la doctrina jurisprudencial a propósito de los límites a la oponibilidad del pacto parasocial cuando lo que está en juego es la adopción de acuerdos sociales y su régimen específico de impugnación. Se trata, en cualquier caso, de una situación distinta, a la de la emisión, en origen, de acciones o participaciones sin derecho de voto (artículo 98 del TRLSC), diferentes de las ordinarias (siendo que las del demandante pertenecerían a esta última categoría y no a aquélla), que son las que están sometidas al régimen previsto en la sección 2ª del capítulo II del título IV del TRLSC, por lo que entendemos que la invocación de éste, como ha ocurrido en el seno de este litigio, no vendría al caso".

Señala el recurrente que el acuerdo discutido es un pacto extraestatutario, suscrito entre el actor y GRUPO EMPRESARIAL, que no puede oponerse a la sociedad, ni por la sociedad, al ser acuerdo entre terceros.

La demandada puntualiza que la propia SDC también fue parte en el referido contrato, lo que le convierte en un "contrato societario". Al respecto, la Sala ha de indicar que la simple presencia de la sociedad en el momento del otorgamiento del acuerdo parasocial, no le hace perder esta naturaleza, en la medida en que dicho acuerdo tenía por objeto generar derechos y obligaciones a terceros en virtud del principio de libertad de pactos consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil , al margen de las normas estatutarias y societarias.



La cuestión de si ese pacto resulta oponible a la sociedad no forma parte de la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida, pues en este caso no se trata de oponer ningún pacto, ya que es la propia sociedad quien ha asumido el pacto en cuestión y quien ha actuado en consecuencia negando el voto al demandante.

Lo que procede plantearse es si la sociedad puede legalmente reconocer ese pacto parasocial y conformar las mayorías necesarias para la adopción de esos acuerdos con sustento en dicho pacto.

La demanda se desestima porque la juzgadora de la anterior instancia considera que el actor no puede plantear ese motivo de impugnación por haber sido parte en el acuerdo en cuestión, de modo que se trata de un planteamiento abusivo y contrario a la buena fe.

El demandado alude al denominado "test de resistencia" consagrado por la jurisprudencia, en atención a la escasa participación accionarial del demandante en SDC. Este planteamiento sin embargo, no puede prosperar porque la indicada doctrina jurisprudencial resulta aplicable cuando se permite la votación de alguien que no tiene derecho a ello, no en el supuesto inverso, es decir, cuando se deniega el derecho de voto a quien afirma tenerlo. Así lo indicó la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 en los siguientes términos:

"La doctrina, ya desde la vigencia de la originaria Ley de Sociedades Anónimas de 1951, como después bajo la aplicación del Texto Refundido de 1989 y ahora con la Ley de Sociedades de Capital, sostiene la procedencia de aplicar el test o prueba de resistencia. La prueba de resistencia se traduce en que de la cifra originariamente considerada (para el quórum de constitución o para la mayoría) se restan el porcentaje en el capital (o los votos) atribuidos irregularmente a personas que no estaban legitimadas para asistir (o para votar). Si, tras realizar esta sustracción, con el restante porcentaje de capital asistente se alcanza el quórum suficiente, la junta se entiende válidamente constituida; en caso contrario, la junta es nula (y con ella los acuerdos adoptados) por estar irregularmente constituida. Y del mismo modo en lo que respecta al cálculo de la mayoría.

Esta doctrina está tomada del derecho italiano, que contiene esta regla en el art. 2377.V del Codice civile.... Esta regla aparece incorporada, con una redacción muy similar si no idéntica, en el art. 214-14 de la reciente propuesta de Código de Comercio Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia, 2013).

Aunque no contemos en la actualidad con una regulación expresa en nuestro derecho de sociedades y la norma proyectada carezca de toda eficacia, nada impide entender, como ha venido haciéndolo la doctrina desde hace sesenta años, que la "prueba de la resistencia" estaría implícita en el cómputo de quóruns y mayorías, a los efectos de la impugnación de acuerdos. Una muestra de ello es que esta misma ratio iuris subyace en la regla adoptada por la Ley al regular supuestos con los que existe una relación de analogía, como es el alcance de la infracción de la prohibición de voto en caso de conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada (actual art. 190 LSC).

Conviene advertir que esta regla se refiere únicamente a los casos en que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto de quien no gozaba del derecho de asistencia o del derecho voto. No se extiende a los casos en que fue denegada de forma indebida la asistencia de quien sí gozaba de derecho para ello, pues en este segundo caso se impidió que su participación en la deliberación pudiera incidir en la conformación de la voluntad, más allá de la irrelevancia de su voto para alcanzar la mayoría exigida por la Ley."

Dicho lo anterior, esta Sala considera acertada la argumentación de la juez "a quo", pues cuenta con el aval del criterio jurisprudencial contenido en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 103/2016 de 25 de febrero de 2016, que es del siguiente tenor:

"NOVENO.- Decisión de la Sala. Vulneración de las exigencias de la buena fe en el ejercicio de la acción de impugnación de un acuerdo social adoptado en cumplimiento de un pacto parasocial suscrito por todos los socios.

1.- Las sentencias de esta Sala 128/2009 y 138/2009, ambas de 6 de marzo, definieron los pactos parasociales como aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos.

Como declaran estas sentencias, diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico hacen referencia a estos pactos, en lo que aquí interesa, los arts. 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre) y 11, apartado 2, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que eran los que estaban en vigor cuando sucedieron los hechos enjuiciados. Actualmente, es el art. 29 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital el que, bajo el título «pactos reservados» recoge el texto de los preceptos antes mencionados, que es el siguiente:

«Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad».



2.- El art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 declaraba la nulidad de este tipo de pactos. Este régimen legal cambió con el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y con la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada que, al igual que hace el actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no prevé su nulidad sino su inoponibilidad a la sociedad.

Las sentencias citadas parten de la validez de tales pactos. La posterior sentencia 616/2012, de 23 de octubre, afirma que estos pactos, en lo referente a su validez, «no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias -de ahí gran parte de su utilidad- sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil».

Pero el problema que se plantea con más frecuencia no es el de su validez sino el de su eficacia cuando tales pactos no se trasponen a los estatutos sociales. El conflicto surge por la existencia de dos regulaciones contradictorias, la que resulta de los estatutos (o de las previsiones legales para el caso de ausencia de previsión estatutaria específica) y la establecida en los pactos parasociales, no traspuestos a los estatutos, ambas válidas y eficaces.

Los problemas derivados de esta contrariedad resultan más acusados cuando el pacto parasocial ha sido adoptado por todos los socios que lo siguen siendo cuando se plantea el conflicto. Es el denominado "pacto omnilateral".

3.- Cuando se ha pretendido impugnar un acuerdo social, adoptado por la junta de socios o por el consejo de administración, por la exclusiva razón de que es contrario a lo establecido en un pacto parasocial, esta Sala ha desestimado la impugnación.

La sentencia 138/2009, de 6 de marzo, resolvió esta cuestión declarando lo siguiente:

«Sin embargo, no se trata de determinar si el litigioso convenio, al que llegaron los socios fuera de los cauces establecidos en la legislación societaria y en los estatutos, fue válido ni cuáles serían las consecuencias que de su alegado incumplimiento se pudieran derivar para quienes lo hubieran incumplido. Lo que el recurso plantea es la necesidad de decidir si el acuerdo adoptado en el seno del órgano social puede ser declarado nulo o anulado por contravenir, si es que lo hace, lo pactado por los socios en aquella ocasión.

»Y la respuesta debe ser negativa a la vista de los términos en que está redactado el artículo 115.1 del referido Real Decreto 1.564/1.989 - aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2/1.995 -, ya que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

»Consecuentemente, la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado - sentencias de 10 de diciembre de 2.008 y 2 de marzo de 2.009 -».

En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias 1136/2008, de 10 de diciembre, 128/2009, de 6 de marzo, y 131/2009, de 5 de marzo: en el régimen del art. 115 de la Ley de Sociedades Anónimas (LA LEY 3308/1989), aplicable también a este litigio, la mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social. Para estimar la impugnación del acuerdo social, es preciso justificar que este infringe, además del pacto parasocial, la ley, los estatutos, o que el acuerdo lesione, en beneficio de uno o varios socios o de terceros, los intereses de la sociedad.

4.- Ciertamente, algunas sentencias anteriores tuvieron en cuenta las particularidades que presentaba el caso enjuiciado para aplicar alguna de las cláusulas generales que sirven para evitar que la mera aplicación de ciertas reglas concretas del ordenamiento pueda llevar a un resultado que repugne al más elemental sentido jurídico. Estos mecanismos (la buena fe, en sus distintas manifestaciones -actos propios, levantamiento del velo-, el abuso del derecho) no pueden utilizarse de una forma injustificada, sino que ha de atenderse a la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico.

5.-El supuesto que es objeto del recurso no consiste en la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto parasocial, como sucedía en las sentencias a que se ha hecho referencia. Se trata, como razona la sentencia recurrida, del supuesto inverso: en la adopción de los acuerdos sociales, se dio cumplimiento al acuerdo parasocial, omnilateral, consistente en que D. Eloy, al transmitir a sus hijos Iván y Pio sus acciones en CDC Hiacre y sus participaciones sociales en Inverdeval, se reservó no solo el usufructo vitalicio sobre las mismas sino también el derecho de voto derivado de dichas acciones y participaciones sociales, y en el cómputo de votos para la aprobación de los acuerdos se tuvo en cuenta el voto emitido por D. Eloy.

El demandante no cuestiona la validez y eficacia de tales pactos parasociales, en los que son parte todos los que entonces y ahora detentan la propiedad, plena o nuda, de las acciones y participaciones sociales, y el usufructo



sobre parte de ellas. Pero impugna los acuerdos sociales que se adoptaron dando cumplimiento a tales pactos porque estos pactos no se traspusieron a los estatutos sociales, y el voto del usufructuario no estaba reconocido en los estatutos sociales. En el caso de la sociedad limitada, Inverdelval, sus estatutos prevén en el art. 10 que en caso de usufructo de participaciones, la cualidad de socio (y por tanto el derecho de voto) reside en el nudo propietario. En el caso de la sociedad anónima, CDC Hiacre, los estatutos no contienen previsión alguna al respecto. Por tanto, sería aplicable el entonces vigente art. 67.1 LSA (actualmente, art. 127.1 TRLSC), conforme al cual, en estos casos de ausencia de previsión estatutaria, el ejercicio del derecho de voto corresponde al nudo propietario.

6. La Audiencia Provincial no ha desestimado la demanda porque haya considerado que el acuerdo social sea acorde con la regulación estatutaria (o la legal supletoria para el caso de ausencia de previsión estatutaria) del ejercicio del derecho de voto en caso de usufructo sobre las acciones y participaciones sociales.

La Audiencia se ha enfrentado con el problema de la contrariedad entre la regulación contenida en el pacto parasocial y en el régimen estatutario. Ha tomado en consideración las circunstancias concurrentes. Y ha concluido que la impugnación de los acuerdos sociales formulada en la demanda es contraria a las exigencias de la buena fe e incurre en abuso de derecho.

7.- El demandante no ha cuestionado la validez y eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, si bien considera que esa eficacia debe articularse a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto, pues este no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales.

8.- El demandante, como el resto de las personas que como propietarios, plenos o nudos, y como usufructuarios ostentan derechos sobre las acciones y participaciones de una y otra sociedad, fue parte en los contratos en los que obtuvo un beneficio, la transmisión de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales que hasta ese momento eran propiedad de su padre, a cambio de una contraprestación, el pago del precio, y fijando ciertas condiciones relativas a la relación jurídico-societaria: mientras su padre viviera, el demandante solo ostentaría la nuda propiedad y su padre ostentaría el usufructo, con la particularidad de que este se reservaba el derecho de voto.

Tal previsión se revela de especial interés puesto que como consecuencia de la transmisión, los dos hijos resultaban titulares de la mitad de las acciones y de las participaciones sociales de una y otra sociedad, por lo que el derecho de voto reservado al padre sobre las acciones y participaciones cuya nuda propiedad transmitía le permitiría solucionar situaciones de bloqueo como la que efectivamente se produjo.

9.- En esas circunstancias, ha de entenderse que la impugnación formulada por el demandante es efectivamente contraria a la buena fe (art. 7.1 del Código Civil) y, como tal, no puede ser estimada.

Infringe las exigencias derivadas de la buena fe la conducta del socio que ha prestado su consentimiento en unos negocios jurídicos, de los que resultó una determinada distribución de las acciones y participaciones sociales, en los que obtuvo ventajas (la adquisición de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales) y en los que se acordó un determinado régimen para los derechos de voto asociados a esas acciones y participaciones (atribución al usufructuario de las acciones y participaciones sociales transmitidas), cuando impugna los acuerdos sociales aprobados en la junta en que se hizo uso de esos derechos de voto conforme a lo convenido.

Quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial.

Lo expuesto determina que el motivo deba ser desestimado dado que los razonamientos contenidos en la sentencia de la Audiencia Provincial, reproducidos en lo sustancial en el primer fundamento de derecho de esta resolución, son correctos".

En el caso de autos, el pacto parasocial no es omnilateral porque hay un socio que no intervino en el contrato (SANDO DIVERSIFICACIÓN S.L.U.). Por ello, podría tener fundamento la oposición de este socio a que la sociedad conformara su voluntad social con sustento en un pacto parasocial en el que él no ha intervenido. Sin embargo, consideramos que el actor no puede válidamente articular esa oposición porque él sí ha sido parte en el pacto parasocial indicado; y en consecuencia, su actuación impugnatoria debe tildarse de contraria a la buena fe.

Se afirma por el recurrente que la opción de compra de participaciones sociales se vinculó al contrato laboral, por lo que sus efectos se extinguen en la medida en que cesan los del contrato principal del que derivan y al



que se encuentra vinculado. Al respecto se cita la cláusula tercera del contrato de opción de compra que es del siguiente tenor:

"7. Será condición necesaria para que se mantenga la opción de compra y el directivo pueda ejercitarla que se mantenga una relación de alta dirección laboral con la sociedad".

Este argumento no puede prosperar porque el propio apelante admite que la condición resolutoria indicada va referida a la opción de compra, no a la compraventa ya consumada ni a las condiciones en que dicha compraventa se consumó. Es más, este argumento llevado a sus últimas consecuencias desembocaría en una resolución de la compraventa misma y no solo del pacto de cesión de derechos políticos.

Indica el apelante que en este caso la validez de los pactos de cesión de derechos políticos solo se justificaría por la existencia de una relación laboral. Sin embargo, no se acredita que la cesión de derechos políticos quedara sujeta a condición resolutoria alguna motivada por la extinción de la relación laboral.

Señala el recurrente que la cesión de derechos de voto debe tener como contrapartida el reparto de dividendos, cuando estos existan, a fin de respetar la normativa imperativa relativa a las acciones sin voto. En el caso de autos, ese reparto de dividendos no ha tenido lugar, lo que, según la tesis del apelante, deja sin efecto el pacto de cesión de derechos políticos.

No compartimos con el apelante la aplicación analógica de la disciplina sobre acciones sin voto, ya que no apreciamos identidad de razón. La diferencia es evidente porque el pacto de cesión de derechos políticos es extraestatutario y se fundamenta en la autonomía de la voluntad, mientras que las acciones sin voto tienen origen estatutario y previsión legal. En nuestra sentencia núm. 149/2016 de 22 de abril, citada en líneas precedentes, ya nos pronunciamos sobre la imposibilidad de aplicar al caso la normativa relativa a las acciones sin voto. Por consiguiente, la aplicación de dicho régimen legal y estatutario a los pactos de cesión de derechos políticos solo encuentra fundamento si son las propias partes contractuales las que así lo prevén.

El recurrente considera infringido el artículo 183 LSC porque no se han respetado los requisitos legales previstos para los casos de representación voluntaria en la junta general. No consideramos adecuado el argumento, puesto que no estamos en un caso de representación voluntaria. El cesionario ejercita los derechos en su propio nombre y derecho, por lo que no actúa en modo alguno en representación de otro. En todo caso, el apelado resalta en este punto que el Sr. Eugenio fue incluido en la lista de asistentes, por lo que GRUPO EMPRESARIAL no le representó en la Junta, sin perjuicio de que se atribuyeran a este último los derechos de voto.

Se indica que el pacto de cesión únicamente contenía un compromiso de ceder a favor del socio (GRUPO EMPRESARIAL) el ejercicio de los derechos políticos. Sin embargo, esa cesión no llegó a materializarse debido a un incumplimiento previo de la contraparte al no haber permitido el ejercicio pleno de la opción.

Este argumento no puede prosperar pues el contrato de opción de compra de fecha 2 de marzo de 2005 no modificado en este punto por la addenda posterior de 20 de mayo de 2008, prevé que la cesión de derechos políticos es condición imprescindible para el ejercicio de la opción de compra. El recurrente no discute que tal opción de compra se hizo efectiva, luego forzosamente hemos de concluir que se produjo la cesión de derechos políticos. El hipotético incumplimiento parcial de la opción de compra por parte del optatario, podría dar lugar, en su caso, a una resolución del contrato de opción, pero no a una reelaboración del mismo en las condiciones interesadas recurrente

Se afirma que en dos Juntas anteriores a la que nos ocupa, la sociedad permitió al actor el ejercicio del derecho de voto. Sin embargo, este argumento, en la forma en que se hace, no es suficiente para estimar el motivo de apelación, porque estos hechos puntuales por sí solos no reflejan una verdadera voluntad de SDC de causar estado sobre el particular, de modo que se haya definido de modo inalterable una determinada situación jurídica. No es descartable que pudiera deberse a simple tolerancia o al hecho de que el cesionario no hizo valer su derecho en aquellas ocasiones, por lo que no consideramos de aplicación al caso la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios citada por el recurrente.

TERCERO: COSTAS.-

Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal .

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLO



1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Eugenio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, con fecha 30 de septiembre de 2015 en el seno del procedimiento ordinario nº 544/2014

2º.- Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en esta segunda instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente sentencia no es firme. Las partes podrán interponer ante este tribunal recurso de casación y/o recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. El recurso se presentará en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD