



Roj: **STS 3794/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3794**

Id Cendoj: **28079110012020100585**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2020**

Nº de Recurso: **5135/2017**

Nº de Resolución: **613/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Bilbao, núm. 2, 13-01-2017 ,
SAP BI 1826/2017,
STS 3794/2020**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 613/2020

Fecha de sentencia: 17/11/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5135/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección Cuarta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5135/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 613/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 17 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 603/2017 de 29 de septiembre, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 190/2016 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao, sobre impugnación de acuerdos sociales.

Es parte recurrente Estudios e Ingeniería Aplicada XXI S.A., representado por el procurador D. Victorio Venturini Medina y bajo la dirección letrada de D. Fernando Bobo Gumpert.

Es parte recurrida D. Fabio, representado por el procurador D. José Luis Marín Jaureguibeitia y bajo la dirección letrada de D. Fernando Lamikiz Garai.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Alberto Arenaza Artabe, en nombre y representación de D. Fabio, interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Estudios e Ingeniería Aplicada XXI S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en virtud de la cual:

" Declare la nulidad de los siguientes acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria de la sociedad de fecha 4 de noviembre de 2015:

" o Ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los consejeros Don Hermenegildo y Don Ildefonso y acuerdo del cese de los mismos en su cargo.

" o Nombramiento de consejero por plazo de cinco años a Don Justo y Doña Angustia .

" Declare la nulidad de la totalidad de acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de la sociedad nombrado en la Junta General Extraordinaria de la sociedad de fecha 2 de noviembre de 2015, como consecuencia de ser nulo el cese y nombramiento de sus actuales miembros.

" Imponga las costas del presente procedimiento a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 11 de marzo de 2016 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, fue registrada con el núm. 190/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Alfonso José Bartau Rojas, en representación de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

Con fecha 20 de junio de 2016 el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao dictó auto por el que se acordaba acumular al procedimiento ordinario 190/2016, el procedimiento ordinario 220/2016.

El procurador D. Alfonso José Bartau Rojas, en representación de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI S.A., contestó a la demanda formulada por Duro Felguera S.A., solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, dictó sentencia 6/2017, de 13 de enero, que desestimó las demandas de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI S.A. y Duro Felguera S.A., con imposición de costas a las partes demandantes.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Duro Felguera S.A. y de D. Fabio. La representación de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI S.A. se opuso a los recursos.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 217/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 603/2017 de 29 de septiembre, cuyo fallo dispone:

"Que, estimando los recursos de apelación interpuestos por Don Fabio, representado por el Procurador D. Alberto Arenaza Artabe, y por Duro Felguera SA, representada por el Procurador D. Germán Ors Simón, contra la sentencia dictada el 13 de enero de 2017 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao, en los autos de procedimiento ordinario nº 190/16, debemos revocar y revocamos la misma y, estimando las demandas



interpuestas por D. Fabio y por Duro Felguera S.A., contra Estudios e Ingeniería Aplicada XXI SA, debemos declarar y declaramos la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en Junta General Extraordinaria de 4 de noviembre de 2015, relativos al ejercicio de acción social de responsabilidad contra los consejeros D. Hermenegildo y D. Ildefonso así como del cese de los mismos como tales consejeros, y al nombramiento como consejeros de D. Justo y Dña. Angustia, acordándose la cancelación de la inscripción de tales acuerdos en el Registro Mercantil y de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ellos; con expresa imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia a la demandada y sin pronunciamiento de las costas procesales de esta alzada.

"Devuélvase a Duro Felguera S.A. y a D. Fabio el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución".

Con fecha 30 de octubre de 2017 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que estimando el recurso de aclaración interesado por Duro Felguera S.A., representado por el Procurador D. Germán Ors Simón, contra la sentencia dictada por esta Sala en fecha 29 de septiembre de 2017, debemos acordar y acordamos además "el libramiento de los mandamientos oportunos para la práctica de dicha cancelación" de la inscripción de los acuerdos impugnados en el Registro Mercantil y de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ellos".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1.- El procurador D. Alfonso José Bartau Rojas, en representación de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4º de la LEC, por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y, más concretamente, los relativos a un proceso con todas las garantías y a la interdicción de la indefensión".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por "infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso" alegándose infracción del apartado 1.b) en relación con el 2, ambos del artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital y, siendo la cuantía del proceso inferior a 600.000 €, "presentar interés casacional por aplicar una norma -el citado artículo 229.1.b) y 2 de la Ley de Sociedades de Capital que se considera infringido, que es un artículo redactado por el apartado 17 del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital-, que no lleva más de cinco años en vigor".

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por "infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso" alegándose infracción del apartado 1.f del artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital y, siendo la cuantía del proceso inferior a 600.000 €, "presentar interés casacional por aplicar una norma - el citado artículo 229.1.f) de la Ley de Sociedades de Capital que se considera infringido, que es un artículo redactado por el artículo 17 del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital-, que no lleva más de cinco años en vigor".

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por "infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso" alegándose infracción del apartado 1 del artículo 230 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con los apartados 2 y 3 del mismo artículo y, siendo la cuantía del proceso inferior a 600.000 €, "presentar interés casacional por aplicar una norma -el citado artículo 230, apartado 1, en relación con los apartados 2 y 3 del mismo artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital que se considera infringido, que es un artículo redactado por el apartado 18 del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital- que no lleva más de cinco años en vigor".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, que inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal, respecto del que acordó la imposición de costas al recurrente y la pérdida del depósito, admitió el recurso de casación en su integridad y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.



3.- D. Fabio se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de octubre de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

En la instancia han quedado fijados una serie de hechos. Los que consideramos más relevantes para resolver las cuestiones objeto del recurso pueden resumirse así:

1.- Estudios e Ingeniería Aplicada XXI S.A. (en adelante EIA XXI) es una sociedad mercantil que tiene como objeto social "el diseño, proyecto, dirección, supervisión y puesta en marcha de cualquier obra, fabricación y comercialización". El 99,48% de las acciones eran propiedad de D. Fabio y de una sociedad controlada por este, Vizcarra, Inversiones y Estudios S.L.

2.- El 10 de noviembre de 2009, D. Fabio, en su propio nombre y en nombre y representación de Vizcarra, Inversiones y Estudios S.L., transmitió el 35% del capital social de EIA XXI a Duro Felguera S.A. (en adelante Duro Felguera). Duro Felguera es una sociedad cotizada cuyo objeto social consiste en "actividades de construcción, fabricación y montaje en los campos metálico, de calderería, fundición y bienes de equipo, contratos llave en mano; la prestación de servicios de comercialización, distribución, construcción e instalación en las actividades energéticas, de combustibles sólidos y líquidos, electrónica y transporte naval; la promoción y creación de empresas industriales, comerciales y de servicios, su ampliación, desarrollo y modernización en el ámbito nacional e internacional, y dentro de las actividades que constituyen su objeto social".

3.- En la misma fecha, los accionistas de EIA XXI (Duro Felguera, D. Fabio y Vizcarra, Inversiones y Estudios S.L.) suscribieron un "Pacto de Accionistas" en el que, entre otros acuerdos, pactaron la estructura y composición del órgano de administración. El consejo de administración estaría formado por seis miembros y correspondería a Duro Felguera el derecho de nombrar a dos de ellos por el sistema de representación proporcional. Y convinieron trasladar tal acuerdo a los estatutos.

La cláusula Cuarta D del referido Pacto es del tenor siguiente:

"La forma del Órgano de Administración de EIA será la de un Consejo de Administración. El Consejo de Administración tendrá siempre seis consejeros. El Consejo de Administración estará compuesto por seis miembros en el que Duro Felguera tendrá, en todo momento, derecho a designar un mínimo de dos Consejeros".

Dicho pacto fue trasladado al artículo 20 de los estatutos de EIA XXI, que quedó redactado en estos términos:

"La administración y representación de la Sociedad en todos los asuntos relativos a su giro o tráfico corresponde al Consejo de Administración, que estará compuesto por 6 miembros, designados por la junta aplicado siempre el derecho de proporcionalidad de la LSA".

De igual modo, también en cumplimiento de ese "Pacto de Accionistas", se introdujo la siguiente previsión en el art. 24 de los estatutos sociales, respecto del funcionamiento y régimen de mayorías necesario para la adopción de acuerdos sobre "actuaciones clave" en el consejo de administración:

"Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos, salvo en los supuestos que se enumeran a continuación, en el que se precisaran mayoría reforzada de 5/6".

Tras esta previsión, se realizaba una extensa enumeración de supuestos en que era precisa la mayoría reforzada de 5/6, entre los que estaba "[l]a formulación o aprobación, según corresponda de las Cuentas Anuales de la sociedad o de cualquier filial participada al 100%".

4.- Duro Felguera entró en el accionariado de AIE, según se afirmó en la instancia, con el objeto de reforzar su área de ingeniería, especialmente para dar apoyo a las sociedades del grupo dedicadas a la gestión de proyectos llave en mano en los sectores energético e industrial. Con tal toma de participación, Duro Felguera pretendía potenciar sus actividades de ingeniería ya que EIA XXI permitiría al grupo abastecerse de este tipo de servicios que subcontractaba a terceros. La operación permitiría también optimizar la gestión de los grandes proyectos llave en mano en los que Duro Felguera actuara como contratista principal.

En el expositivo IV del Pacto de Accionistas de 10 de noviembre de 2009 se recoge: "Que DF es una empresa que se dedica, entre otras actividades, a trabajos de ingeniería que si bien no son competencia de EIA, si podrían llegar a concurrir, con intereses contrapuestos; no obstante lo anterior, la Junta General aprobará por unanimidad el derecho de competencia entre los socios y sus filiales, incluso aunque pertenezcan al consejo de administración".



5.- A partir de los consejos de administración celebrados en 2013, se produjeron desavenencias entre los dos consejeros designados por Duro Felguera por el sistema de representación proporcional y los otros cuatro consejeros integrantes del consejo de administración de EIA XXI, respecto de la liquidación del precio de los servicios prestados por EIA XXI a Duro Felguera o sus filiales. Por tal razón, los consejeros designados por Duro Felguera argumentaron que las cuentas anuales no debían recoger los importes de tales créditos y el resultado del ejercicio "debería ser minorado". Estas objeciones dificultaron la formulación de las cuentas anuales. En sucesivos consejos de administración, los consejeros designados por Duro Felguera manifestaron que deberían abstenerse de votar en los asuntos relativos a la facturación de los trabajos realizados por EIA XXI a Duro Felguera "dado que por la LSC [Ley de Sociedades de Capital] podría existir un conflicto de intereses en caso de someterse a votación", si bien añadieron que "desde este momento queremos dejar constancia de nuestro futuro voto negativo de la aprobación de cuentas mientras no se ajuste esa facturación o se evidencie apropiadamente". En las reuniones del consejo de administración de 28 de julio y 7 de octubre de 2015 no fue posible aprobar el acuerdo de formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2014, porque los dos consejeros designados por Duro Felguera por el sistema de representación proporcional votaron en contra y, de acuerdo con los estatutos, eran necesarios para su aprobación los votos a favor de cinco de los seis consejeros.

6.- El 14 de septiembre de 2015, el Sr. Fabio y Vizcarra Inversiones y Estudios S.L., transmitieron el 55% de sus acciones de EIA XXI a Río Negro General de Ingeniería S.L. (en adelante, Río Negro). Conforme a la cláusula quinta de dichas escrituras de venta, "[l]a parte compradora acepta el pacto de accionistas en vigor, suscrito con la mercantil Duro Felguera, S.A.". El capital social de EIA XXI quedó distribuido de la siguiente forma: Duro Felguera un 35%, el Sr. Fabio un 10%, y Río Negro un 55%, por lo que Río Negro se convirtió en el socio mayoritario.

7.- En la reunión del consejo de administración de 24 de septiembre de 2015, D. Primitivo, administrador único de Río Negro, propuso su nombramiento como director general de EIA XXI. Los consejeros de Duro Felguera votaron en contra de su nombramiento, por lo que no resultó nombrado por ser necesaria una mayoría de cinco de los seis consejeros.

Convocada una junta general extraordinaria de EIA XXI para su celebración el 4 de noviembre de 2015 y una vez constituida válidamente la misma, el presidente, D. Fabio, puso de manifiesto la dimisión de tres consejeros (D.ª Crescencia, D. Íñigo y D. Lázaro) y propuso el nombramiento de las siguientes personas para cubrir las vacantes indicadas: D. Primitivo, D. Romeo y D. Victorino.

Aprobado el nombramiento de esos tres consejeros, el representante de Río Negro propuso ejercitar la acción social frente a los consejeros D. Hermenegildo y D. Ildefonso, nombrados por Duro Felguera. El acuerdo se aprobó con el voto de Río Negro (55% del capital social) y se cesó a los dos consejeros frente a quienes se acordó dirigir la acción social de responsabilidad. Las vacantes dejadas por aquellos fueron cubiertas por otros dos consejeros nombrados a propuesta de Río Negro, pues se negó a Duro Felguera la facultad de nombrar a esos dos consejeros por el sistema de representación proporcional. Como justificación del acuerdo de ejercicio de la acción social y consiguiente cese de los dos consejeros nombrados por Duro Felguera, el representante de Río Negro alegó que no habían actuado con la diligencia debida, al negarse a formular las cuentas de 2014 escudándose en una ficticia falta de información, no habían sido leales a la compañía y no habían evitado las situaciones de conflicto de interés, conflicto de interés entre Duro Felguera y EIA XXI de carácter estructural y permanente que había provocado perjuicios a EIA XXI por lo que las personas que designara Duro Felguera como administradores también serían objetivamente idóneas para provocar comportamientos de competencia desleal.

Tras la celebración de la junta general de 4 de noviembre de 2015, el nuevo consejo de administración acordó, con el voto de los consejeros nombrados por Río Negro, el nombramiento de D. Primitivo como director general de la compañía, con una retribución anual fija de 130.000 euros más una retribución variable.

8.- D. Fabio y Duro Felguera S.A. interpusieron sendas demandas, que posteriormente fueron acumuladas, en las que impugnaron los acuerdos adoptados en la junta general extraordinaria de EIA XXI celebrada el 4 de noviembre de 2015, tanto el acuerdo de ejercicio de la acción social contra los consejeros D. Hermenegildo y D. Ildefonso, y su consiguiente cese, como el de nombramiento de D. Justo y D.ª Angustia en sustitución de aquellos, y la denegación a Duro Felguera de su derecho de nombrar administradores por el sistema de representación proporcional. De acuerdo con las demandas, estos acuerdos eran contrarios a la ley, a los estatutos, al pacto parasocial y al interés social.

9.- El Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que desestimó las demandas. Consideró que los consejeros nombrados por Duro Felguera ocupaban cargos importantes en esa sociedad, algunos de los cuales implicaban responsabilidades directas sobre los contratos suscritos entre EIA XXI y Duro Felguera. Los temas relativos a las relaciones entre Duro Felguera y EIA XXI eran tratados de forma recurrente en los consejos de



administración de EIA XXI y en ellos intervenían sin ninguna reserva los exconsejeros afectados. Cuando estos consejeros participaron en la discusión de estas relaciones contractuales en el consejo de administración o en las liquidaciones económicas de los distintos proyectos contratados por Duro Felguera a EIA XXI, siempre actuaron y votaron en defensa de los intereses de Duro Felguera y en contra de los intereses de EIA XXI, hasta el punto de que se negaron a formular las cuentas de EIA XXI de los ejercicios 2013 y 2014 por desacuerdo con los términos en que se reflejaban en ellas las relaciones económicas entre Duro Felguera y EIA XXI y, en concreto, los créditos que esta mantenía frente a aquella. Como consecuencia de lo anterior, EIA XXI no había podido obtener financiación, al no conseguir que se aprobaran sus cuentas anuales. Asimismo, EIA XXI se había visto obligada a aceptar encargos de Duro Felguera en condiciones desfavorables, y cuando le había reclamado sobrecostes en los proyectos, Duro Felguera, a través de sus consejeros en EIA XXI, le había forzado a renunciar a tales sobrecostes, por un importe de 1.291.296,60 euros.

Por tal razón, el juzgado estimó que el acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los dos miembros del consejo de administración nombrados por Duro Felguera por el sistema de representación proporcional era válido. Y respecto de la intención de provocar dos vacantes, idéntico resultado se habría alcanzado cesando a dichos administradores por tener intereses opuestos a los de la sociedad.

Respecto del acuerdo de nombramiento de administradores, con denegación a Duro Felguera del derecho a nombrarlos por el sistema de representación proporcional, el juzgado consideró que la vulneración del pacto parasocial no era apto para fundar la anulación del acuerdo social, y que no procedía estimar la impugnación dado que, aunque no existe una situación de competencia directa, sí existe una situación de conflicto de interés derivada de la relación cliente- proveedor que mantienen Duro Felguera y EIA XXI, por el volumen de las operaciones y las desavenencias existentes entre las partes, que enfrentan a los consejeros nombrados por Duro Felguera y los nombrados por el accionista mayoritario, que muestran su carácter persistente y, cuanto menos, su potencialidad de causar daño a EIA XXI.

10.- Ambos demandantes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado Mercantil. La Audiencia Provincial estimó los recursos, revocó la sentencia del Juzgado Mercantil y estimó las demandas acumuladas. Resumidamente, consideró que no existió una razón clara y justificada para que el socio mayoritario Río Negro acordara apartar de la gestión de la sociedad EIA XXI a los consejeros designados por el socio minoritario Duro Felguera y le negara el derecho de representación proporcional fijado en el art. 243 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), en el art. 20 de los Estatutos sociales y en los acuerdos parasociales suscritos por los tres socios en los años 2009 y 2015. Los acuerdos impugnados no respondían a una necesidad razonable de la sociedad y se adoptaron con la exclusiva finalidad de favorecer el interés propio del socio mayoritario y en detrimento injustificado de una minoría muy cualificada, para controlar con absoluta mayoría el consejo de administración.

La Audiencia Provincial apreció fraude de ley en la adopción del acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad, porque el acuerdo no tenía como auténtico objetivo el planteamiento de la acción, sino los demás efectos que conlleva la adopción del mismo, en concreto, el cese de los administradores.

La Audiencia Provincial consideró que no cabía apreciar una situación de conflicto estructural y de competencia directa y permanente entre Duro Felguera y EIA XXI. A ambas sociedades les reporta ventajas encontrar el equilibrio entre prestación de servicios y precios en la relación contratación-subcontratación, mediando complementariedad, que no competencia, entre ambas sociedades. La relación contratación-subcontratación, que fue la causa de la entrada de Duro Felguera en el accionariado de EIA XXI, fue autorizada por todos los accionistas en el pacto de accionistas, que fue aceptado por Río Negro cuando entró en el accionariado de EIA XXI. En las ocasiones en que verdaderamente se ha apreciado conflicto de interés, los consejeros designados por Duro Felguera se abstuvieron de intervenir en los acuerdos. Por último, la Audiencia Provincial transcribió el apartado segundo del art. 230 LSC, relativo a la dispensa de las prohibiciones del art. 229 LSC.

11.- EIA XXI ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y un recurso de casación, basado en tres motivos. El recurso extraordinario por infracción procesal no ha sido admitido, pero sí lo ha sido el recurso de casación en su totalidad.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento del primer motivo se denuncia la infracción del apartado 1.a [la mención del apartado 1.b es un claro error material], en relación con el 2, ambos del art. 229 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC).

2.- En el desarrollo del motivo, resumidamente, la recurrente alega que no hay controversia sobre la vinculación entre los administradores cesados y la sociedad que los designó, Duro Felguera. Las transacciones entre esta



sociedad y EIA XXI no son operaciones ordinarias hechas en condiciones estándar y de escasa relevancia, son operaciones importantes, cuya información se recoge en las cuentas anuales de EIA. La conducta prohibida al administrador por el art 229.1.a) LSC no estaba expresamente contemplada como tal antes de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, tras la cual la conducta prohibida ("realizar transacciones relevantes") se configura de forma objetiva, por el evidente conflicto de interés que supone y el no menos evidente riesgo de beneficio para el administrador o su vinculada, y responde a la necesidad de evitar dicho riesgo, actual o potencial, por lo que no es necesario que las transacciones produzcan efectivamente un daño a la sociedad. Las transacciones entre Duro Felguera y EIA XXI en los años 2010 a 2014 constituyen conductas prohibidas a los administradores de EIA. Por tal razón, la exigencia de responsabilidad a los administradores designados por Duro Felguera, y su correlativo cese, están justificados, como lo está que se impida a dicha sociedad nombrar nuevos administradores que, por su vinculación con dicho accionista, incurrirían en las mismas conductas prohibidas que se intentan evitar.

3.- Por todo ello, la recurrente solicita que se fije como doctrina correcta respecto del art. 229.1.a) LSC que "la realización de transacciones entre el administrador social, o sus vinculadas, con la sociedad que administra, es una conducta prohibida al administrador aunque dichas transacciones puedan ser beneficiosas para el administrador o sus vinculadas y para la sociedad, salvo que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones de mercado o sean de escasa relevancia".

4.- En su oposición al recurso, D. Fabio (el otro demandante, Duro Felguera, no ha formulado oposición al recurso), alega que las transacciones económicas entre Duro Felguera y EIA XXI entre los años 2010 y 2014 quedan excluidas del ámbito temporal de aplicación de la norma, dado que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, entró en vigor el 24 de diciembre. Además, la relación entre Duro Felguera y los administradores cesados no encaja en la definición de persona vinculada, que no puede ser interpretada de forma extensiva. Las operaciones entre Duro Felguera y EIA XXI son operaciones ordinarias, realizadas en condiciones estándar y de escasa relevancia, sin perjuicio de que hayan quedado reflejadas en las cuentas anuales por razón de la vinculación existente entre ambas sociedades. Por tal razón, no concurrió justa causa ni buena fe en el acuerdo de ejercicio de la acción social y el consiguiente cese de los consejeros nombrados por Duro Felguera por el sistema de representación proporcional.

TERCERO.- Decisión del tribunal (I): consideraciones generales sobre el deber de lealtad de los administradores sociales consistente en la obligación de evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés

1.- Se recurre en casación una sentencia que ha anulado sendos acuerdos de la junta general de socios de EIA XXI, en los que se decidió, de una parte, el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los consejeros designados por Duro Felguera por el sistema de representación proporcional, y su consiguiente cese, y, de otra, el nombramiento de dos consejeros en sustitución de aquellos, con el voto del socio mayoritario, pues se denegó a Duro Felguera el ejercicio del derecho de nombrar administradores por el sistema de representación proporcional. La Audiencia Provincial consideró que no existió una razón clara y justificada para que se acordara el cese de los consejeros designados por el socio minoritario Duro Felguera y se negara a este el derecho de representación proporcional, pues no cabía apreciar una situación de conflicto estructural y de competencia directa y permanente entre Duro Felguera y EIA XXI.

2.- El recurso de casación sostiene, por el contrario, que existía una situación de conflicto de interés permanente entre los administradores designados por Duro Felguera y EIA XXI que justificó la adopción de los acuerdos impugnados. En sus tres motivos, el recurso plantea la infracción de los arts. 229.1.a) y 229.1.f) LSC, que regulan sendas obligaciones derivadas del deber de lealtad consistente en evitar el conflicto de interés, así como la infracción del art. 230 LSC, cuyo apartado 1 establece la imperatividad del deber de lealtad y cuyos apartados 2 y 3 regulan la dispensa de las prohibiciones contenidas en el art. 229 LSC.

3.- Los preceptos legales relevantes para resolver el recurso, a excepción del art. 231 LSC, han sido redactados por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

4.- El art. 227.1 LSC establece:

"Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad".

5.- Este precepto establece el deber de comportamiento leal de los administradores, que actúa como cláusula general respecto de las concreciones que se desarrollan en los artículos siguientes.

6.- Esta formulación genérica del deber de lealtad se ve complementada con una enumeración ejemplificativa de las principales obligaciones derivadas del deber de lealtad, que se contiene en el art. 228 LSC. Su último apartado, letra e), establece:



"En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...] Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad".

7.- Esta obligación es, a su vez, desarrollada en el art. 229.1 LSC que, en sus seis apartados (letras a) a f)), enumera una serie de obligaciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de interés del art. 228.e) LSC.

8.- Las enumeraciones contenidas en los arts. 228 y 229 LSC no son exhaustivas, por lo que la regla del artículo 227.1 LSC mantiene su valor de cláusula general y permite valorar, desde la óptica del cumplimiento de este deber de lealtad, otras conductas de los administradores.

9.- El art. 229.2 LSC dispone que "[l]as previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador". A su vez, el art. 231 LSC contiene un listado, con el carácter de *numerus clausus* [relación cerrada], de quiénes son esas personas vinculadas a los administradores sociales a los efectos del deber de evitar situaciones de conflicto de interés. En consecuencia, el deber de lealtad es infringido tanto cuando el conflicto de interés se produce entre la sociedad y el administrador, actuando este por cuenta propia o ajena, como cuando el conflicto se produce entre la sociedad y una persona vinculada con el administrador, considerándose como persona vinculada cualquiera de las enumeradas en el art. 231 LSC.

10.- Dado el sistema de cláusula general con varias subcláusulas ejemplificativas que utiliza la Ley de Sociedades de Capital para regular el deber de lealtad de los administradores sociales, el administrador social habrá vulnerado el deber de lealtad también en supuestos en los que su conducta determine una situación de conflicto de interés que no se ajuste necesariamente a alguno de los supuestos previstos en los distintos apartados del art. 229.1 LSC. Pero el recurso de casación se ha fundado en que la infracción legal cometida por la sentencia recurrida ha consistido en no considerar que los administradores cesados incurrieron en las conductas descritas en los apartados a) y f) del art. 229.1 LSC, por lo que debemos ceñir nuestra resolución a valorar si la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida ha infringido, por haberlos aplicado incorrectamente, los preceptos legales invocados como fundamento del recurso.

CUARTO.- *Decisión del tribunal (II): el conflicto de interés consistente en la realización de transacciones con la sociedad*

1.- Al resolver este primer motivo del recurso, decidiremos si la sentencia de la Audiencia Provincial ha vulnerado el art. 229.1.a) LSC al no haber apreciado la vulneración por parte de los consejeros cesados de la obligación de evitar el conflicto de interés regulada en dicho precepto.

2.- El art. 229.1.a) LSC dispone que el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 LSC obliga al administrador a abstenerse de "[r]ealizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad".

3.- La infracción de este precepto habría consistido, según el recurso, en que la sentencia de la Audiencia Provincial no consideró que las transacciones entre Duro Felguera y EIA XXI en los años 2010 a 2014 constituyeron conductas prohibidas a los administradores de EIA que justificaron el acuerdo de ejercitar contra ellos la acción social de responsabilidad y su correlativo cese.

4.- El motivo no puede ser estimado por varias razones. La primera es que, como se encarga de resaltar la propia recurrente para justificar el interés casacional que le permite el acceso al recurso, el precepto legal que considera infringido entró en vigor el 24 de diciembre de 2014. Por tanto, no puede aplicarse tal precepto legal a transacciones realizadas en los años 2010 a 2014. Si en los escasos días del año 2014 en que el precepto estuvo en vigor hubiera tenido lugar alguna transacción con las características de las prohibidas en el precepto, se trataría de un hecho excepcional (dados los escasos días transcurridos entre la entrada en vigor de la ley y el fin de ese año) que debería haberse justificado, y no se ha hecho.

5.- Tampoco procede valorar si dicha conducta se encontraba prohibida en la normativa anterior a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, porque no es una cuestión que se haya planteado en el recurso de casación. Antes al contrario, en el recurso se afirma que tal conducta no estaba expresamente contemplada como conducta prohibida antes de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. El recurso se ha basado justamente en que la norma infringida es el art. 229.1.a) LSC introducido por la Ley 31/2014, para así justificar el interés casacional consistente en que la resolución recurrida aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor.



6.- Otra razón por la que el motivo no puede estimarse es porque, incluso de haberse realizado la conducta en un momento en que el precepto legal invocado como infringido hubiera estado en vigor, los contratos de prestación de servicios concertados entre EIA XXI y Duro Felguera o alguna de sus filiales, no encajan en la definición de operaciones vinculadas del art. 229.1.a) LSC.

7.- Ciertamente, el término utilizado por el precepto, "transacciones", es deliberadamente amplio e incluye negocios jurídicos cuyo objeto sean prestaciones tales como los servicios de ingeniería contratados a EIA XXI por Duro Felguera o sus filiales.

8.- Pero el art. 229.1.a) LSC es aplicable a las transacciones celebradas entre la sociedad y sus administradores, y Duro Felguera no es administrador de EIA XXI. Las personas físicas nombradas administradores de EIA XXI por Duro Felguera por el sistema de representación proporcional, no son las personas naturales designadas por la persona jurídica nombrada administradora social conforme a lo previsto en el art. 212 bis LSC. Duro Felguera no fue nombrada administradora, lo fueron dos personas físicas, por más que fueran designadas por el socio Duro Felguera por el sistema de representación proporcional.

9.- El art. 229.2 LSC establece que "[l]as previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador". El recurrente afirma que Duro Felguera era una persona vinculada con los administradores sociales, por lo que en virtud de lo previsto en el art. 229.2 LSC, se ha infringido el deber de lealtad de los administradores sociales por las transacciones realizadas entre la sociedad de la que eran administradores, EIA XXI, y la sociedad que era persona vinculada con ellos, Duro Felguera.

10.- Como hemos explicado anteriormente, el art. 229.1 LSC desarrolla las obligaciones básicas que se derivan a su vez del deber de evitar las situaciones de conflicto de interés establecido en el art. 228.e) LSC. El art. 229.2 LSC extiende esas obligaciones al caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador, y persona vinculada solo lo es una de las enumeradas en el art. 231 LSC, que contiene una lista cerrada.

11.- Por tanto, para la aplicación del art. 229.2 LSC no basta cualquier vinculación entre el administrador y la persona que realice la conducta prevista en el art. 229.1.a) LSC. Las personas vinculadas al administrador, a efectos de aplicar el art. 229.2 LSC, son exclusivamente las enumeradas en el art. 231 LSC. La vinculación social consistente en que el administrador social sea, a su vez, alto directivo o incluso administrador de otra sociedad con la que se produce el conflicto de interés no encaja en ninguno de los supuestos del art. 231 LSC, salvo que el administrador social en cuestión ejerza, respecto de la otra sociedad, un control en alguna de las formas previstas en el art. 42 del Código de Comercio, lo que no sucede en el caso objeto del recurso.

12.- El art. 228.e) LSC, del que es desarrollo el art. 229 LSC, establece como una de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, la de "[a]doptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad". La proyección de esta previsión sobre el supuesto del art. 229.1.a) LSC estriba en que el conflicto aparece también (y debe ser evitado) aun cuando el administrador realice las transacciones con la sociedad en interés ajeno y no propio (con independencia de que lo haga también en nombre ajeno). En estas circunstancias, colisionan los intereses de dos "principales" y los deberes de lealtad del administrador respecto de cada uno de esos dos "principales", por lo que surge el riesgo de que los intereses de la sociedad administrada queden postergados.

13.- En el caso objeto del recurso, los administradores no realizaron esas transacciones de naturaleza conflictual por cuenta ajena (de Duro Felguera), pues no consta que fueran ellos quienes contrataran los servicios de EIA XXI por cuenta de Duro Felguera. Por tanto, no procede considerar que se haya producido la situación de conflicto de interés prevista en el art. 229.1.a) LSC por una actuación por cuenta ajena de los administradores cesados. La regla del artículo 229.1.a) LSC solo tiene sentido en la medida en que el administrador es quien lleve a cabo la transacción con la sociedad.

14.- Por tanto, es posible que se produzca un conflicto de interés cuando la sociedad contrata directamente con un tercero con el que el administrador mantiene relaciones y con el que comparte intereses o respecto del que tiene deberes. Pero si quien contrata con la sociedad no es una persona vinculada con el administrador, de las previstas en el art. 231 LSC, y si el administrador no ha realizado transacción alguna con la compañía, no habrá específicamente violación del artículo 229.1.a) LSC, sin perjuicio de que pueda producirse la infracción de alguna de las obligaciones establecidas por otros apartados del art. 229.1 LSC.

QUINTO.- *Formulación del segundo motivo*

1.- En el encabezamiento del motivo se alega que la sentencia recurrida infringe el art. 229.1.f) LSC.



2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente parte de que no es cuestionada la vinculación entre Duro Felguera y los administradores cesados, ni la realización por estos, por cuenta ajena, como empleados, directivos y/o administradores de Duro Felguera, de la actividad desarrollada por esta última, ni la relación de contratación entre Duro Felguera y EIA XXI de considerable cuantía en una actividad común a ambas sociedades, la ingeniería de proyectos, ni el carácter permanente de esta relación, pues la posibilidad de subcontratar a EIA XXI tales actividades fue la causa de la entrada de Duro Felguera en el accionariado de EIA XXI. Al entender la Audiencia Provincial que tales actividades no suponen concurrencia y que su subcontratación por Duro Felguera a EIA XXI no produce conflicto de interés entre ambas, infringe el art. 229.1.f) LSC, que no contempla ninguna excepción a la prohibición de dicha conducta que se refiera a la complementariedad de las actividades concurrentes o a la posibilidad de que el conflicto de interés pueda ser evitado si se encuentra un equilibrio entre las actividades y los precios de las mismas, dada la configuración objetiva de la conducta prohibida (realizar actividades concurrentes o que provoquen una situación permanente de conflicto de interés), bastando con que el riesgo sea potencial.

En este caso, el conflicto de interés se agrava por la previsión estatutaria que exige, para la adopción de acuerdos del consejo de administración en materias relevantes, una mayoría de cinco votos, siendo seis los miembros del consejo de administración, y el sistema de representación proporcional que otorga a Duro Felguera la facultad de nombrar a dos miembros del consejo.

3.- Por tal razón, la recurrente solicita que se fije como doctrina que "la realización por los administradores por cuenta propia o ajena de actividades que impliquen una competencia, actual o potencial, con la sociedad que administran o que de cualquier otro modo le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de esta, es una conducta prohibida al administrador aunque dichas actividades puedan ser beneficiosas para el administrador, la persona por cuenta de quien las realiza y para la sociedad".

4.- En su oposición al recurso, el Sr. Fabio alega que EIA XXI y Duro Felguera no compiten en el mercado por los mismos clientes, sino que Duro Felguera subcontrata a EIA XXI para realizar parte de las obras de ingeniería que contrata con terceros, por lo que su relación es de complementariedad, no de competencia. Y que tampoco existe un conflicto permanente con los intereses de EIA XXI porque en las ocasiones concretas en que ha existido un conflicto, los administradores nombrados por Duro Felguera se abstuvieron.

SEXTO.- *Decisión del tribunal: el desarrollo de actividades por cuenta ajena que sitúa al administrador designado por el sistema de representación proporcional en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad*

1.- El art. 229.1.f) LSC establece:

"En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de: [...] Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad".

2.- El precepto contempla dos conductas prohibidas. La primera sería la de desarrollar, por cuenta propia o cuenta ajena, actividades que entrañen una competencia efectiva, actual o potencial.

3.- Pese a que el pacto celebrado entre los accionistas cuando Duro Felguera entró en el accionariado de EIA XXI declaraba que "DF es una empresa que se dedica, entre otras actividades, a trabajos de ingeniería que si bien no son competencia de EIA, si podrían llegar a concurrir, con intereses contrapuestos", tanto el Juzgado Mercantil como la Audiencia Provincial han afirmado que no existe relación de competencia entre EIA XXI y Duro Felguera, dado que, aunque participan en el mismo mercado, lo hacen en niveles diferentes. La afirmación del recurrente de que existía tal relación de competencia parte del presupuesto de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal en que se impugnó la valoración del informe pericial aportado en su día. Dado que el recurso extraordinario por infracción procesal no ha sido admitido a trámite, no existe un cuestionamiento válido de este extremo de la sentencia de la Audiencia Provincial.

4.- Pero el precepto transcrito contempla una segunda conducta prohibida para los administradores: desarrollar, por cuenta propia o por cuenta ajena, actividades que, de cualquier otro modo, les sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. Se trata de una previsión que extiende la prohibición al desarrollo por el administrador de actividades que, aunque no constituyan una competencia directa o indirecta con la sociedad, supongan la existencia de un conflicto permanente entre los intereses de la sociedad y los intereses que, actuando por cuenta propia o por cuenta ajena, detenta el administrador.

5.- Como afirmamos al resolver el anterior motivo del recurso, Duro Felguera no es una persona vinculada con los administradores cesados, pues no encaja en ninguno de los supuestos que, en una relación cerrada, prevé el art. 231 LSC.



6.- Ahora bien, el conflicto se ha producido en la actuación por cuenta ajena de los administradores cesados, puesto que estos, nombrados por Duro Felguera como administradores sociales de EIA XXI por el sistema de representación proporcional, eran, a su vez, administradores o altos cargos directivos de Duro Felguera.

7.- En estos casos, el conflicto relevante no se produce propiamente entre la sociedad y la persona jurídica respecto de la que el administrador de aquella tiene un deber de lealtad por ser también administrador o alto cargo directivo de esta. El conflicto relevante se produce entre la sociedad y su administrador, pues la ley presume que este hace suyos los intereses de la persona con la que le unen ciertos vínculos que determinan que el administrador detente cierto poder de decisión en la organización de ese tercero y/o de los que se deriva un deber de lealtad hacia ese tercero.

8.- En efecto, conforme a una autorizada doctrina, al conflicto de interés debe equipararse el conflicto de deberes, porque en uno y otro caso, el riesgo de quiebra de la objetividad exigible al administrador y, consiguientemente, el riesgo de menoscabo de la integridad del interés protegido, es similar. Por ello, el conflicto de deberes constituye un conflicto de interés por cuenta ajena. Así lo entendió también la sentencia de esta sala 793/2011, de 17 de noviembre, que lo consideró como "uno de los supuestos clásicos del conflicto de interés, en el sentido de imposibilidad de gestionar adecuadamente los encontrados de Mazda Motor España, SA [sociedad de la que eran administradores] y Mazda Motor Corporation [sociedad que les había designado administradores de Mazda Motor España S.A.], como consecuencia de haber asumido - al aceptar las respectivas designaciones - la defensa de ambos y hallarse las relaciones contractuales entre ellas en trance de extinción y liquidación".

9.- En el caso objeto del recurso, hay un conflicto de interés por cuenta ajena porque los administradores cesados se enfrentaban al cumplimiento de dos deberes que son incompatibles entre sí. Se trataba de dos administradores designados por el sistema de representación proporcional por un socio minoritario, que debían votar acuerdos del consejo de administración en los que existía un conflicto entre la sociedad y el socio que les había designado administradores y en el que ostentaban importantes cargos directivos, conflicto relativo a la liquidación de las relaciones contractuales mantenidas entre la sociedad (EIA XXI) y el socio (Duro Felguera) y la fijación de las deudas de este con aquella. Los administradores cesados debían optar por actuar en interés de la sociedad de la que eran administradores, EIA XXI, respecto de la que tenían un deber de lealtad (art. 227 LSC), o hacerlo en interés de la sociedad que les designó administradores por el sistema de representación proporcional y de la que eran también administradores o altos cargos directivos. La vinculación que esos administradores tenían con Duro Felguera, la persona jurídica en conflicto con la sociedad EIA XXI, era susceptible de interferir en la posición o decisión que un administrador deba tomar en el marco de sus funciones

10.- En este caso, el conflicto ha sido no solo potencial, sino efectivo. Los administradores nombrados por Duro Felguera manifestaron en las reuniones del consejo de administración de 19 de diciembre de 2013 y 22 de diciembre de 2014 su desacuerdo con la liquidación de los contratos suscritos entre EIA XXI y Duro Felguera y anunciaron que, aunque en ese momento se abstenían de votar por el conflicto de interés existente, votarían en contra de la formulación de unas cuentas anuales de EIA XXI que incluyeran determinados créditos frente a Duro Felguera, con los que no estaban de acuerdo. Efectivamente, los administradores designados por Duro Felguera votaron contra la formulación de tales cuentas anuales en los consejos celebrados los días 28 julio, 24 septiembre 2015 y 7 octubre 2015, lo que impidió la aprobación del acuerdo de formulación de cuentas puesto que era uno de los acuerdos que, conforme a los estatutos sociales, exigían el voto favorable de cinco de los seis consejeros miembros del consejo de administración. Solo cuando el 4 de noviembre de 2015 se acordó cesar a esos dos administradores y nombrar a otros dos sin permitir a Duro Felguera el ejercicio del derecho de representación proporcional (que es el contenido relevante de los acuerdos impugnados), las cuentas anuales del ejercicio 2014 pudieron ser aprobadas, incluyendo en las mismas los créditos que EIA XXI consideraba que resultaban en su favor en las relaciones contractuales mantenidas con Duro Felguera.

11.- La Audiencia Provincial niega que existiera un conflicto permanente de intereses, pero tal afirmación no tiene naturaleza fáctica, inatacable en casación, sino que constituye una valoración jurídica propia de la aplicación del art. 229.1.e LSC, cuya infracción denuncia el recurso.

12.- Que una situación de intereses contrapuestos pueda solucionarse porque a ambas sociedades les reporta ventajas encontrar el equilibrio entre prestación de servicios y precios en la relación contratación-subcontratación, como afirma la Audiencia Provincial, no supone que el conflicto no exista. Y la regulación introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ya no se contenta, como sucedía en la anterior legislación, con que la situación de conflicto deba ser comunicada por el administrador a la sociedad y el administrador se abstenga en la votación del acuerdo en que tenga incidencia ese conflicto. La nueva regulación ha optado por la regla "ningún conflicto", regla preventiva conforme a la cual el administrador de la sociedad ha de procurar



positivamente no hallarse en situación de conflicto con ella y evitar encontrarse en una posición tal que sus lealtades se encuentren divididas.

13.- En el caso objeto del recurso, en los estatutos sociales de EIA XXI no solo no se arbitaban mecanismos que evitaran el conflicto, sino que sus previsiones lo hacían estructural en las circunstancias concurrentes y agravaban sus consecuencias, pues preveían el derecho del socio minoritario, Duro Felguera, que actuaba en el mismo mercado que EIA XXI y se proponía mantener relaciones contractuales continuadas con él, a designar dos de los seis miembros del consejo de administración, y exigían una mayoría de cinco de los seis consejeros para la aprobación de acuerdos sobre materias importantes, entre las que estaba la formulación de cuentas anuales. Esto llevó a un bloqueo del órgano de administración de EIA XXI, como consecuencia de las desavenencias entre EIA XXI y Duro Felguera respecto de la facturación de los servicios prestados por aquella a esta, por el poder de veto que estas previsiones estatutarias otorgaban a los administradores designados por Duro Felguera y que solo se solucionó cuando se cesó a esos dos administradores y se negó a Duro Felguera la posibilidad de nombrar a dos consejeros en sustitución de los cesados.

14.- Como conclusión de lo expuesto, aunque Duro Felguera no era propiamente una persona vinculada a los administradores cesados, por no entrar en definición de art. 231 LSC, la actuación de los administradores cesados incurrió en la prohibición del art. 229.1.f) LSC porque, como altos directivos o administradores de Duro Felguera, desarrollaban actividades por cuenta ajena que les situaban en un conflicto permanente con los intereses de EIA XXI, puesto que en las disputas entre Duro Felguera y EIA XXI por la facturación de los servicios prestados por esta a aquella, los intereses de los administradores, en su actuación como directivos o administradores de Duro Felguera, y los intereses de EIA, eran incompatibles.

15.- La infracción del deber de lealtad por parte de los administradores designados por Duro Felguera, al haber incurrido en la conducta prohibida prevista en el art. 229.1.f) LSC, constituye la justa causa que exige la jurisprudencia de esta sala para que el cese de los administradores nombrados por el sistema de representación proporcional sea lícito (sentencias 761/2012, de 11 de diciembre, y 609/2014, de 11 de noviembre).

16.- No resulta relevante que el acuerdo impugnado fuera de ejercicio de la acción social de responsabilidad y no exclusivamente de cese de los administradores, puesto que, haya existido o no daño, requisito imprescindible para el éxito de la acción social de responsabilidad (cuestión que no procede resolver aquí), lo decisivo en este recurso es que hubo infracción del deber de lealtad, que justifica el cese de los administradores.

17.- Asimismo, el interés social de EIA XXI no solo justifica el cese de los consejeros que infringieron el deber de lealtad, sino que debe prevalecer sobre el derecho de un accionista en conflicto de interés permanente a designar consejeros por el sistema de representación proporcional. Este derecho debe claudicar ante el riesgo de infracción del deber de lealtad que representa la designación de administradores por el socio en conflicto estructural de intereses con la sociedad, en virtud de su derecho a la designación de administradores por el sistema de representación proporcional.

18.- Tampoco puede estimarse la acción de impugnación de los acuerdos sociales con base en que tales acuerdos vulneran el "Pacto de Accionistas", pactos parasociales suscritos en su día por todos los socios y aceptados por Río Negro cuando entró a formar parte del accionariado. Es reiterada la jurisprudencia de esta sala (sentencia 138/2009, de 6 de marzo, y las que en ella se citan) que declara que la impugnación de acuerdos sociales no puede fundarse en que el acuerdo impugnado infringe los pactos parasociales, porque se trata de pactos que "no serán oponibles a la sociedad" (art. 29 LSC), sin perjuicio de que pueda considerarse contraria a la buena fe la conducta del socio que impugna un acuerdo social que justamente da cumplimiento al pacto parasocial omnilateral en el que ha intervenido (sentencia 103/2016, de 25 de febrero).

19.- En la sentencia 120/2020, de 20 de febrero, declaramos que "la eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con los mismos, sino que debe articularse tal defensa 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". Es, por tanto, en las relaciones internas entre los socios donde deberá dilucidarse si se ha producido una vulneración del "Pacto de Accionistas" y, de haberse producido, qué efectos deben anudarse a tal vulneración.

SÉPTIMO.- *Formulación del tercer motivo*

1.- En el epígrafe del tercer motivo, la recurrente denuncia la infracción del apartado 1 del art. 230 LSC, en relación con los apartados 2 y 3 de dicho precepto.



2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente argumenta que, según la Audiencia Provincial, el conocimiento previo por los accionistas de la situación de conflicto de interés, el Pacto de Accionistas y su aceptación por todos los accionistas, supone una dispensa o enervación de los deberes de lealtad de los administradores sociales referidos a la concurrencia y al conflicto de interés. Esta argumentación es contraria al régimen de imperatividad y dispensa del deber de lealtad contenido en el art. 230 LSC.

3.- Según la recurrente, la doctrina correcta que debe fijarse sería la siguiente: "las obligaciones de lealtad de administradores sociales son imperativas sin que puedan quedar dispensadas con carácter general ni por pactos extraestatutarios ni por el conocimiento y aceptación tácita por todos los accionistas de la realización por el administrador de la actividad prohibida".

4.- En la oposición al recurso se alega que el motivo carece de efecto útil. La sentencia recurrida no estimó el recurso por considerar que la junta general de EIA XXI dispensó válidamente las prohibiciones contenidas en el art. 229.1 LSC, sino por considerar que no se habían vulnerado las prohibiciones contenidas en los apartados a y f del art. 229.1 LSC.

OCTAVO.- Decisión del tribunal: el carácter imperativo del deber de lealtad

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial, en su último apartado, afirma: "además el art. 230 de la LSC regula el régimen de la dispensa de las prohibiciones contenidas en el art. 229 de la LSA [debe decir LSC]", y a continuación transcribe el apartado segundo del art. 230 LSC.

2.- La transcripción del precepto no se acompaña de un razonamiento que explique cómo influye el mismo en la solución del litigio. En todo caso, afirmamos desde este momento, no ha existido una dispensa de la obligación de lealtad de los administradores cesados.

3.- En primer lugar, a la obligación derivada del deber de lealtad prevista en el art. 229.1.e LSC es aplicable el apartado tercero del art. 230 LSC, no el apartado segundo transcrito en la sentencia recurrida. La prohibición de desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad se establece en el art. 229.1.e LSC junto con la prohibición de desarrollar actividades que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. Ambas conductas, a diferencia de otras previstas en los anteriores apartados del art. 229.1 LSC, presentan unos caracteres comunes, fundamentalmente el de no consistir en actuaciones concretas o episódicas, sino en una situación duradera, de carácter estructural, que puede proyectar sus efectos de forma continuada en el tiempo. Por tanto, en el caso de las conductas del art. 229.1.f) LSC, la dispensa no se realiza para casos singulares, como ocurre con la dispensa regulada en el art. 230.2 LSC, sino con carácter permanente.

4.- Por tal razón, se dota de especiales cautelas a la dispensa de esta conducta. En primer lugar, dicho deber de lealtad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa.

5.- Además, la dispensa ha de concederse mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

6.- Y, por último, pese a la concesión de la dispensa, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle las actividades para las que se le concedió la dispensa cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

7.- En el presente caso, no hay acuerdo alguno de la junta general, expreso y separado, que otorgue la dispensa.

8.- El régimen legal relativo al deber de lealtad es imperativo, sin perjuicio del régimen de dispensas previsto en la ley, y se impone a una regulación estatutaria que lo limite indebidamente o que imposibilite la efectividad de dicho deber. En consecuencia, si se considera que el régimen estatutario establecido tras la entrada de Duro Felguera en el accionariado de EIA XXI (fundamentalmente, las previsiones estatutarias que establecieron el derecho de representación proporcional del socio minoritario junto con la concesión a los administradores nombrados de este modo de derecho de veto en las materias fundamentales), por las circunstancias concurrentes (que ese socio minoritario con derecho a nombrar administradores sociales por el sistema de representación proporcional se encuentra en un conflicto de interés estructural con la sociedad), es incompatible con el deber de lealtad de los administradores sociales, dichas previsiones estatutarias no pueden ser opuestas frente a la imperatividad del deber de lealtad establecido en la ley.

9.- No procede considerar nulas tales previsiones estatutarias por cuanto que la mera previsión de un derecho de representación proporcional del socio o socios minoritarios y el establecimiento de mayorías reforzadas en el consejo de administración no son, en sí mismas, contrarias al deber de lealtad. En el presente caso, lo que determina esa incompatibilidad con el deber de lealtad son las concretas circunstancias concurrentes. Pero si las acciones de Duro Felguera fueran transmitidas a quien no esté en conflicto de interés con EIA XXI,



o finalizaran las relaciones contractuales entre Duro Felguera y EIA XXI causantes del conflicto, no existiría ningún obstáculo para la aplicación de las citadas previsiones estatutarias.

NOVENO.- *Improcedencia de fijar doctrina jurisprudencial en los términos solicitados por el recurrente*

Pese a la estimación de alguno de los motivos del recurso formulados, no procede fijar doctrina jurisprudencial en los términos solicitados por el recurrente. Los términos en los que realiza la solicitud, o bien no son relevantes porque versa sobre cuestiones no controvertidas, o bien carecen de los matices adecuados.

DÉCIMO.- *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, procede imponerlas a los apelantes, al resultar desestimado su recurso.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Estudios e Ingeniería Aplicada XXI S.A. contra la sentencia 603/2017, de 29 de septiembre, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación núm. 217/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, acordar:

2.º.1.- Desestimar los recursos de apelación interpuestos por D. Fabio y por Duro Felguera S.A. contra la sentencia 6/2017, de 13 de enero, del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao, que confirmamos.

2.º.2.- Condenar a los apelantes a las costas de sus recursos de apelación.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación.

4.º- Devolver a la recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.