



Roj: **SAP PO 1833/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1833**

Id Cendoj: **36038370012015100312**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2015**

Nº de Recurso: **422/2015**

Nº de Resolución: **308/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00308/2015

**APELACIÓN CIVIL**

**Rollo: 422/15**

**Asunto: Juicio Ordinario**

**Número: 242/14**

**Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra**

**Magistrados**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENITEZ**

**LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, CONSTITUIDA POR LOS MAGISTRADOS EXPRESADOS CON ANTERIORIDAD,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NÚM.308**

En Pontevedra, dieciocho septiembre de dos mil quince.

Visto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia pronunciada en el rollo de apelación núm. 422/15, derivado de los autos de juicio ordinario seguidos con el núm. 242/14 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, siendo apelante el demandante D. **Luis Angel** , representado por el procurador Sr. Sanjuan Fernández y asistida por la letrada Sra. González Márquez, y apelada la demandada "**QUIVAL, S.A.**", representada por la procuradora Sra. Torres Álvarez y asistida por el letrado Sr. Ruiz Gutiérrez. Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **MANUEL ALMENAR BELENGUER** .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y, además



**PRIMERO** .- Con fecha 28 de abril de 2015, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de lo Mercantil de Pontevedra pronunció en los autos originales de juicio ordinario de los que a su vez dimana el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

" Que **DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Sanjuán Fernández en nombre y representación de D. Luis Angel , **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO** a **QUIVAL, S.A.** de todas las pretensiones deducidas en su contra en el suplico de la demanda.

Con expresa imposición de las costas causadas al demandante."

**SEGUNDO** .- Notificada la referida resolución a las partes, por la representación del demandante se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 1 de junio de 2015 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que se tenga por interpuesto, en tiempo y forma, recurso de apelación, y, previos los trámites legales, se dicte sentencia estimando íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte apelada.

**TERCERO** .- Admitido a trámite, se dio traslado del recurso a la parte demandada, que se opuso al mismo en virtud de escrito de 19 de junio de 2015 y por el que interesó que se dicte sentencia confirmando íntegramente la de primera instancia, con condena en costas al apelante, tras lo cual con fecha 23 de junio de 2015 se elevaron los autos a esta Audiencia para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo y se designó Ponente al magistrado Sr. MANUEL ALMENAR BELENGUER, que expresa el parecer de la Sala.

**CUARTO** .- En la sustanciación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales que lo regulan.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los razonamientos contenidos en la sentencia dictada por el Juzgado y que esta Sala hace suyos y tiene por reproducidos.

### **PRIMERO** .- Planteamiento de la cuestión debatida .

D. Luis Angel , en su condición de accionista minoritario de la entidad "Quival, S.A." (titular del 16,15% del capital), ejercita una acción de **impugnación de acuerdos sociales**, en relación con los adoptados en los puntos 6 y 7 del orden del día de la **junta general** ordinaria celebrada el 30 de junio de 2014 y que son del siguiente tenor:

" 6. El acogimiento de la **sociedad** "QUIVAL, S.A.", como **Sociedad DEPENDIENTE**, al Régimen de Consolidación Fiscal recogido en el Capítulo VII del título VII de la Ley del Impuesto sobre **Sociedades** aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, y con efectos para el ejercicio que se inicie en fecha 1 de enero de 2015 y siguientes, y con carácter indefinido, salvo revocación expresa, en el Grupo Fiscal del que la mercantil QUIVAL, S.A. será **Sociedad DEPENDIENTE** y COMERCIAL VALQUIN, S.L. será **Sociedad dominante**.

7. Autorizar al órgano de administración, en especial a su Consejera Delegada, para que en nombre y representación de Quival, S.A., comparezca ante notario y formalice los documentos que fueran oportunos a fin de conceder avales y o cualquier otro tipo de garantía ante entidades financieras, en favor de cualquier otra entidad del mismo grupo mercantil. "

La **impugnación** se fundamenta en que ambos **acuerdos** lesionan el interés **social** de "Quival, S.A." y el del socio minoritario, en beneficio del accionista mayoritario "Comercial Valquín, S.L." (titular del 76,15%), puesto que:

a) En relación con el primer **acuerdo**, si bien "Comercial Valquín, S.L." es el accionista mayoritario de "Quival, S.A.", en esta empresa existen accionistas como el actor que ninguna participación tienen en la primera y que, por ello, ninguna participación tienen en su gestión o control, lo cual es relevante habida cuenta de que esta forma de tributar tiene particularidades que afectan a la determinación de la base de tributación, política de dividendos, deducción por inversiones, etc, además de conllevar la responsabilidad solidaria del pago de la deuda tributaria, por lo que, dado el impacto que la adopción de este régimen fiscal pudiese tener en "Quival, S.A.", hubiera sido necesario una justificación de las razones y de la conveniencia del **acuerdo** y que tal justificación se recogiera en el acta.

b) Respecto al segundo **acuerdo**, en los genéricos e indeterminados términos en los que ha sido redactado, supone conocer un poder ilimitado a la consejera delegada para comprometer a la **sociedad** como avalista o garante de "Comercial Valquín, S.L." u otras **sociedades** que eventualmente pueda incorporarse al grupo en el futuro, en cualesquiera operaciones financieras y por cualesquiera importes, al margen del previo control y deliberación del consejo de administración y comprometiendo su viabilidad futura, sin que tampoco se expliquen las razones del **acuerdo** ni en qué beneficia a la **sociedad**.



La **sociedad** demandada sostiene la validez de los **acuerdos** impugnados con base en la estrecha relación existente entre "Quival, S.L." y "Comercial Valquin, S.L." y que justificaría las ventajas que ambas entraña el **acuerdo** de consolidación fiscal, mientras que la autorización para la formalización de avales en favor de la consejera delegada se explica en atención a exigencias de la práctica bancaria y a la necesidad de agilizar trámites, sin que en uno u otro caso el demandante concrete qué perjuicios pudieran derivarse.

Más concretamente, tras aludir a la dejación de funciones del demandante, quien, sin razón alguna y a pesar de su doble condición de accionista y consejero delegado, ha dejado de acudir a las cuatro reuniones del Consejo de Administración celebradas entre el 31 de diciembre de 2013 y el 28 de mayo de 2014, ni a la **Junta General** de 30 de junio de 2014, la **sociedad** demandada argumenta que, con fecha 15 de marzo de 2007, ambas compañías suscribieron un **acuerdo** que tenía por objeto reorganizar su actividad, de forma que "Comercial Valquin, S.L." asumía la actividad industrial de "Quival S.A.", para lo que compra activos, asume su plantilla, le arrienda provisionalmente una nave e instalaciones y se obliga a prestar a "Quival, S.A." los servicios administrativos y auxiliares que ésta precisara, y esta última pasaba a ser suministradora de materia prima de la primera, circunscribiendo su actividad a la dirección de producción y comercialización de los productos procesados por la primera, de forma que "Quival, S.A." depende de "Comercial Valquin, S.L." para procesar sus productos, y "Comercial Valquin, S.L." depende de los ingresos que le proporciona "Quival, S.A." para realizar dicho proceso, por lo que, dada su vinculación, la aplicación del régimen de consolidación fiscal conlleva una serie de beneficios, como minorar la tributación de las **sociedades** del grupo, diferir la tributación de beneficios de operaciones intragrupo, facilitar la aplicación de beneficios fiscales o la exención de la obligación tributaria **general** de la documentación sobre operaciones vinculadas y el consiguiente ahorro de costes.

Beneficios frente a los que, según la demandada, no se acredita la existencia de lesión o daño de ninguna clase, ni siquiera potencialmente, que pudiera derivarse de uno y otro **acuerdos**.

Centrado así el debate, la sentencia examina la prueba practicada, circunscrita al dictamen pericial practicado a instancia del demandante y a la luz del cual concluye que no se acreditado qué concretos daños podría ocasionar a la **sociedad** y a los socios minoritarios el **acuerdo** de consolidación fiscal ni el **acuerdo** de autorización para otorgar avales, toda vez que, respecto al primero, si bien el perito afirma que dicho **acuerdo** afectaría a los socios minoritarios que no podrían saber si los precios son normales o se ven alterados y que convertiría a la **sociedad** demandada en responsable solidaria de la deuda tributaria, lo cierto esta última afirmación tropieza con el tenor literal del art. 82 TRLIS y la supuesta alteración no se ha demostrado, sin que el actor pueda invocar la falta de justificación cuando no asistió a la **Junta General** ni delegó en otra persona, haciendo dejación de su derecho de información; y, respecto del **acuerdo** de autorización para otorgar avales, no corresponde al Juez enjuiciar la conveniencia o no de una actuación, sino si el **acuerdo** es o no lesivo, lo que en este caso no se ha acreditado al no haberse aportado pruebas objetivas de las que pueda deducirse, en un proceso lógico y racional, que se ocasionará el resultado negativo advertido.

Frente a esta resolución se alza la parte demandante, reiterando por vía de recurso los motivos aducidos en el escrito de demanda en pro de su pretensión: la falta de justificación sobre la conveniencia del **acuerdo** de consolidación fiscal para "Quival, S.A." (y que se reitera en el **acuerdo** del Consejo de Administración de 23 de marzo de 2015 que reproduce el de la **Junta General** de 30 de junio de 2014, al amparo de la nueva Ley del Impuesto de **Sociedades**, que confiere dicha competencia al Consejo), el carácter lesivo de dicho **acuerdo** para la **sociedad** demandada por las razones expuestas en la demanda y a las que añade la opacidad que permite este régimen fiscal sobre las operaciones vinculadas entre las empresas y la política de precios, y, finalmente, en cuanto al **acuerdo** de autorización para formalizar avales y garantías, que dicho **acuerdo** no solo lesiona el interés **social** en beneficio del socio mayoritario al comprometer a la empresa como avalista de "Comercial Valquin, S.L." o de cualquier otra **sociedad** que en el futuro pudiera ser incorporada al grupo, sin ningún tipo de limitación, sino que se opone a la ley y a los estatutos porque no forma parte del objeto **social** de "Quival, S.A." el conceder avales u otro tipo de garantías.

#### **SEGUNDO.- La impugnación de acuerdos sociales adoptados en Junta General.**

En su redacción vigente en la fecha de celebración de la **Junta General** en la que se adoptaron los **acuerdos** impugnados, el art. 204.1 del texto refundido de la Ley de **Sociedades** de Capital, aprobado por RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, disponía que "[ S]on impugnables los **acuerdos sociales** que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés **social** en beneficio de uno o varios socios o de terceros".

La constatación de que lo que inicialmente se planteó como un instrumento para evitar los abusos en que pudiera incurrir la mayoría ha dado lugar, cada vez con más frecuencia, a un uso excesivo, cuando no abusivo, que termina entorpeciendo el desenvolvimiento de la actividad **social**, ha provocado una tendencia restrictiva que, en algunos ordenamientos, se ha traducido en la elaboración de un elenco tasado de defectos que permiten la **impugnación**.



Sin embargo, el citado art. 204.1, lejos de descender a la pormenorización de los defectos que puede presentar el **acuerdo**, mantiene las categorías clásicas de **acuerdos** "contrarios a la ley", "que se opongan a los estatutos" o "lesionen el interés **social**", a las que el art. 205.1 del mismo texto legal, al abordar la caducidad de la acción, añade "los **acuerdos** que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público".

El problema surge a la hora de valorar el encaje de un **acuerdo** concreto en las categorías legalmente establecidas, sobre todo cuando, como aquí ocurre, la tacha se centra en la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, como la justificación, la conveniencia o la potencial lesividad de los **acuerdos**; conceptos íntimamente ligados a la libertad del máximo órgano societario para adoptar sus decisiones sobre la empresa y a través de los cuales se afirma la nulidad del **acuerdo social** impugnado.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 (ponente Sr. Gimeno-Bayón Cobos), recuerda la línea jurisprudencial existente y reitera la necesidad de poner el acento en la existencia o inexistencia de razones que justifiquen el **acuerdo** que se adopte:

## " 2.2. La impugnación de **acuerdos** lesivos para la **sociedad** .

31. También acierta la recurrente cuando afirma que -a diferencia de otros ordenamientos, como el portugués, que en el artículo 58.1.b) del Código das **Sociedades** Comerciais tutela de forma explícita los intereses de los minoritarios -"[s]ão anuláveis as deliberações que: (...) b) Sejam apropriadas para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir, através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou simplesmente de prejudicar aquela ou estes, a menos que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos": (Son anulables los **acuerdos** que: (...) b) son apropiados para satisfacer el propósito de uno de los socios de conseguir, por medio del ejercicio del voto, ventajas especiales, para sí o para terceros, en perjuicio de la **sociedad** o de otros socios o, simplemente, de dañar a aquella o a éstos, a menos que se pruebe que los **acuerdos** habrían sido tomadas incluso sin los votos abusivos)-, en nuestro sistema los intereses tenidos en cuenta de forma explícita por la norma, como uno de los límites al poder de decisión de la mayoría, son exclusivamente los de la **sociedad** -el artículo 115.1 de la Ley de **Sociedades** Anónimas dispone que "[p]odrán ser impugnados los **acuerdos** de las **juntas** que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la **sociedad**" y hoy el artículo 204.1 de la Ley de **Sociedades** de Capital que "[s]on impugnables los **acuerdos** **sociales** que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés **social** en beneficio de uno o varios socios o de terceros"-, de tal forma que, como hemos declarado en la sentencia 172/2003, de 20 de febrero, "[l]as sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1961 y 25 de enero de 1968, en relación al artículo 115 de la Ley de **Sociedades** Anónimas, declaran que se habla de lesión de los intereses de la **sociedad** y no de los intereses del accionista en particular y que el procedimiento regulado en este artículo y siguientes está establecido para ventilar en él mismo los intereses **generales** de la **sociedad** y no los intereses particulares contrarios a la misma", en la 186/2006, de 7 marzo, que "los intereses lesionados no han de ser los de los socios en particular, sino los de la **sociedad**" y en la sentencia 377/2007, de 29 de marzo, que "la acción impugnatoria prevista en el artículo 115.1 de la Ley de **Sociedades** Anónimas exige la lesión de los intereses de la **sociedad**, y no los del accionista en particular".

32. (...)

## 2.3. La impugnación de **acuerdos** lesivos para la minoría.

33. Ahora bien, no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la **sociedad**", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 febrero 1991, según la que "[e]n torno a la idea o concepto del interés **social** existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la **Sociedad** Anónima como una «institución-corporación», en la que el interés **social** que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés **social** no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés **social**", a esa clasificación cabe añadir otras -monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o **acuerdo**, etc.-.

34. El artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio -hoy 226 del texto refundido de la Ley de **Sociedades** de Capital, parece inclinarse por un concepto institucionalista -"[l]os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés **social**, entendido como interés de la **sociedad**..." -, sin embargo, la jurisprudencia no deja de tener en consideración criterios contractualistas -así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés **social** como



"el interés común de los socios", y la referida sentencia 186/2006, de 7 marzo, con cita de la de 11 de noviembre de 1983, que "éstos (los intereses de la **sociedad**) resulten de la suma de los de todos aquellos".

35. También la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las **Sociedades** Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores opta por una interpretación contractualista que pone énfasis "en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común" que responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a "la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa".

36. Desde esta perspectiva, en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa de negocio societario, los **acuerdos** de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la **sociedad**, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la **sociedad**, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de **Sociedades** Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de **Sociedades** de Capital- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los **acuerdos sociales** en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992, 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre-."

El legislador se ha hecho eco de esta línea jurisprudencial en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de **Sociedades** de Capital y que añade un segundo párrafo al art. 204.1 : " La lesión del interés **social** se produce también cuando el **acuerdo**, aun no causando daño al patrimonio **social**, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el **acuerdo** se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la **sociedad**, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios ."

Así pues, a la oposición a la ley y a los estatutos (y al reglamento de la **junta** de la **sociedad**, tras la Ley 31/2014) y a la lesión del interés **social**, se une como motivo de nulidad el carácter abusivo del **acuerdo**, entendiendo por tal cuando, sin responder a una necesidad razonable de la **sociedad**, se adopta por la mayoría en su propio interés y en detrimento injustificado de los demás socios. Desde esta perspectiva procede ya analizar los **acuerdos** impugnados.

### TERCERO.- El **acuerdo** de acogimiento al régimen de consolidación fiscal y como **sociedad** dependiente .

Para analizar la validez del **acuerdo** impugnado es preciso recordar:

1º El capital **social** de "Quival, S.A." está distribuido del siguiente modo: la **sociedad** "Comercial Valquin, S.L." es titular del 76,15%, D. Luis Angel del 16,15%, y Dña. Consuelo y sus hijas Estefanía y Flora del restante 7,70%.

2º En virtud de un **acuerdo** marco formalizado entre "Quival, S.A." (dedicada a la elaboración y envasado de frutos secos) y "Comercial Valquin, S.L." (dedicada a la comercialización de productos alimenticios y distribuidor en exclusiva para Galicia y Portugal de los frutos secos y frutas desecadas elaboradas por "Quival, S.A."), ambas compañías procedieron a reorganizar su actividad, de forma que "Comercial Valquin, S.L." asumía la actividad industrial de "Quival, S.A." -para lo que le compró activos, asumió su plantilla, le arrendó transitoriamente una nave e instalaciones y se comprometió a prestarle los servicios administrativos y auxiliares que precisase- y "Quival, S.A." pasaba a ser suministradora de materia prima para "Comercial Valquin, S.L.", asumiendo la dirección de producción y la comercialización de los productos procesados por esta última, esto es, "Quival, S.A." vende la materia prima a "Comercial Valquin, S.L." y comercializa los productos procesados por ésta (cfr. el ejemplar del **acuerdo** marco -folios 149 y ss.).

3º D. Luis Angel intervino en la suscripción del citado **acuerdo** marco, en nombre propio y como apoderado de "Quival, S.A." (cfr. la hoja primera y las firmas). Asimismo, el demandante no asistió a las cuatro reuniones del Consejo de Administración celebradas en el primer semestre de 2014 ni a la **Junta General** de "Quival, S.A." de 30 de junio de 2014 y en la que se adoptaron los **acuerdos** impugnados, sin que solicitara información previa sobre los extremos a abordar ni delegara la asistencia en otra persona.

Con estas premisas cabe afirmar, primero, que "Comercial Valquin, S.L." es, con mucho, el accionista mayoritario de "Quival, S.A."; segundo, que la relación entre las dos **sociedades** es muy estrecha, con total dependencia la una de la otra; y, tercero, que el actor podía haber pedido explicaciones sobre los motivos de las propuestas de **acuerdo**, antes o durante la **junta general** (art. 197 LSC), pero no lo hizo, sin que conste si en dicha **junta** se justificó -y, en ese caso, en qué medida- la conveniencia de su adopción, que fue aprobada por el 83,85% del capital.



En estas condiciones, la alegación del demandante sobre la falta de justificación del **acuerdo** carece de fundamento alguno. De entrada, no es posible hablar de falta de justificación, toda vez que se ignora si se ofreció en la **Junta** o si se obvió por entenderse los asistentes suficientemente informados. En su caso, lo que pudiera apreciarse es una falta de plasmación de los motivos en el acta de la sesión, pero ni es un requisito necesario (el acta no lo exige -art. 202 LSC-), ni el demandante solicitó la presencia de un notario para que levantara acta (art. 203 LSC), ni, en definitiva, acudió por sí o representado por otro (art. 184 LSC) para pedir *in situ* las explicaciones oportunas.

Ahora bien, como se ha expuesto, el que no sea necesario que conste la justificación en el acta no releva de la obligación de examinar si el **acuerdo** se adoptó en respuesta a una necesidad razonable de la **sociedad** o, por el contrario, obedeció al exclusivo interés de la mayoría, en detrimento injustificado de los socios minoritarios.

Los arts. 64 y ss. del texto refundido de la Ley del Impuesto de **Sociedades**, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, en vigor en la fecha en que se celebró la **Junta General** (hoy derogado por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre), regulan el denominado régimen de consolidación fiscal como opción tributaria para los grupos fiscales, lo que les ofrece, entre otras, las siguientes ventajas:

- El tratamiento como unidad de las **sociedades** que conforman el grupo fiscal y que aparece a efectos tributarios como un solo exponente de la capacidad económica para contribuir fiscalmente (arts. 64 y ss.).
- Las obligaciones tributarias materiales y formales que se deriven del régimen de consolidación fiscal derivadas de la aplicación de este régimen pesan sobre la **sociedad** dominante (sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del pago de la deuda tributaria, excluidas las sanciones - art. 66 LIS -).
- La compensación de las bases imponibles negativas de unas **sociedades** del grupo con las bases imponibles positivas de otras **sociedades** del mismo ( arts. 71.1 y 74 LIS ), reduciendo en caso de pérdidas la tributación de las **sociedades** del grupo.
- Los beneficios generados por las operaciones intragrupo realizadas por cualquiera de las compañías que integran el grupo fiscal no están sujetos a tributación hasta que el citado beneficio no sea realizado frente a un tercero (así se deduce de los arts. 78 y 79 LIS ).
- La deducción por reinversión de beneficios extraordinarios procede con independencia de que la reinversión se realice en la propia **sociedad** o en otra del grupo ( art. 75 LIS ).
- Los requisitos exigidos para aplicar determinados beneficios fiscales, deducciones y bonificaciones, se referirán al grupo fiscal, de modo que pueden cumplirse por cualquiera de las entidades que integra el grupo y no forzosamente por la que generó el beneficio ( art. 78 LIS ).
- La exención de la obligación de documentación de las operaciones entre personas o entidades vinculadas - que debería elaborarse teniendo en cuenta la complejidad y volumen de tales las operaciones, de forma que permita a la Administración comprobar que la valoración de las mismas se ha ajustado a lo previsto en el art. 16 LIS -, de conformidad con el art. 18.4 apartado a) del Reglamento del Impuesto de **Sociedades** (tras la reforma operada por RD 897/2010), con el consiguiente ahorro de costes.

En principio, es evidente que el **acuerdo** adoptado abre la posibilidad de optar a una serie de ventajas fiscales, en función de las características del grupo fiscal de que se trata y de la naturaleza de las relaciones y operaciones realizadas entre las **sociedades** que lo integran, por lo que su conveniencia, al menos en abstracto, no suscita dudas. En todo caso, no corresponde a los Tribunales valorar la oportunidad o conveniencia de las decisiones de la **Junta General**, sino su posible lesividad.

El demandante argumenta, con apoyo en el dictamen emitido por el perito Sr. Maximo, que al no tener participación en el capital **social** de "Comercial Valquin, S.L.", **sociedad** dominante, carece de posibilidad alguna de intervenir en su control y su funcionamiento, así como de recabar información sobre extremos que afectan a "Quival, S.A.", como son la determinación de la base de tributación, política de dividendos, deducción por inversiones, etc, además de conllevar la responsabilidad solidaria del pago de la deuda tributaria, la posibilidad de alterar los precios de los productos o, en **general**, la opacidad en su actuación.

Sin embargo, los pretendidos o potenciales perjuicios no son sino los efectos legales derivados de la consideración o tratamiento unitario del grupo a efectos fiscales, es decir, de la aplicación de los arts. 64 y ss. LIS ( arts. 55 y ss. de la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre **Sociedades**, que no estaba en vigor en la fecha de los hechos). Cuestión distinta es que la utilización torticera del régimen legal pueda traducirse en daño para una de las **sociedades**, para los socios o para terceros, pero el fraude de ley o el ejercicio abusivo de los derechos está potencialmente insito en cualquier norma sin que eso suponga su ilicitud o autorice a pensar por sistema en una aplicación espuria. Será necesaria la plena demostración de que, al amparo del régimen de consolidación fiscal, se ha producido una actuación lesiva para la **sociedad** o



que, sin implicar una ventaja razonable para la **sociedad** dependiente (hoy, **sociedad** representada), obedece al exclusivo interés de la mayoría en perjuicio de la minoría.

Es verdad que la jurisprudencia ha flexibilizado el requisito del daño, admitiendo la posibilidad del daño futuro, pero siempre que, atendidas las circunstancias concurrentes y de **acuerdo** con criterios lógicos, dicha posibilidad se presente con cierto nivel de probabilidad. No basta la mera eventualidad de que pueda producirse el daño, sino que es preciso una apariencia seria, basada en indicios sólidos, de que se va a producir.

Y esto es lo que, como razona la Juez "a quo", no se ha acreditado, ya que el demandante se limita a invocar los posibles daños que, hipotéticamente y en una aplicación fraudulenta del régimen de consolidación fiscal, pudieran derivarse, no tanto para "Quival, S.A." sino para él mismo, mas sin concretar elemento o actuación alguna de la que cabalmente pudiera inferirse una mínima probabilidad de que vaya a ser así, fuera de la sospecha o de las malas relaciones que pudieran existir entre los accionistas.

Si a ello se suma el hecho de la inasistencia no justificada del actor a las reuniones de los Consejos de Administración y de la **Junta General**, por sí o representado por otro, haciendo dejación de su derecho a inquirir sobre la procedencia del **acuerdo**, riesgos existentes, controles a aplicar para evitar tales riesgos..., o, incluso, a solicitar la adopción de medidas que limiten los riesgos que advierte en su demanda, cabe concluir que no existen datos para sustentar la afirmación de lesividad del **acuerdo**.

**CUARTO.- El acuerdo por el que se autoriza al órgano de administración, en especial a su Consejera Delegada, para que en nombre y representación de Quival, S.A., comparezca ante notario y formalice los documentos que fueran oportunos a fin de conceder avales o garantías ante entidades financieras, en favor de cualquier otra entidad del mismo grupo mercantil.**

El demandante alega que el mencionado **acuerdo** no solo lesiona el interés **social** en beneficio del socio mayoritario ("Comercial Valquin, S.L."), sino que también se opone a los estatutos y a la ley, ya que, por una parte, dados los genéricos e indeterminados términos en los que ha sido adoptado, supone conceder un poder ilimitado a la consejera delegada para comprometer a la **sociedad** como avalista o garante del socio mayoritario o de cualquier otra **sociedad** que éste decida en el futuro, en cualesquiera operaciones financieras y por cualesquiera importes, y, por otro lado, no forma parte del objeto **social** de "Quival, S.A." la concesión de avales o cualquier otro tipo de garantías a favor de otras entidades, sin que tal genérica facultad de afianzamiento figure entre las que los estatutos señalan como del Consejo de Administración.

El motivo tampoco puede prosperar.

De entrada, la referencia a que el **acuerdo** se opone a la ley y a los estatutos aparece por primera vez en el recurso de apelación, por lo que constituye una cuestión nueva que no es posible examinar en esta alzada, circunscribiéndose la controversia al carácter supuestamente lesivo del **acuerdo**.

En cualquier caso, la autorización de la **Junta General** al Consejo de Administración o a la Consejera delegada para formalizar avales o cualquier otro tipo de garantía en favor de otras entidades del grupo no tiene por objeto sino la especificación de las facultades de gestión que el art. 13 de los estatutos **sociales** confiere al Consejo de Administración en relación con las actuaciones necesarias para el giro o tráfico de la **sociedad** y para el cumplimiento de los fines **sociales**.

El hecho de el objeto **social** de "Quival, S.L." no comprenda el otorgamiento de avales o garantías a favor de terceros en absoluto implica que ni que no pueda formalizar cualquier clase de garantías que exija la marca y situación económica de la empresa, ni que se trate de actos que excedan la mera gestión ordinaria de las operaciones societarias. Téngase en cuenta que, aunque normalmente la garantía se constituye para asegurar el resultado de operaciones propias, aquí nos encontramos ante dos **sociedades** estrechamente vinculadas y absolutamente dependientes una de otra, de suerte que se avalan recíprocamente frente a terceros con la finalidad de lograr la financiación necesaria para el desarrollo de su actividad, como se desprende del documento nº 14, aportado con la demanda (folio 117) y en el que, al plasmar la situación bancaria de "Quival, S.A." a fecha 26/10/2013, se recoge que los 3.382.327 euros que figuran como límites a las pólizas de importación y para circulante, así como para las líneas de descuento y el préstamo inversión software, formalizados con un "pool" bancario, aparecen avalados por "Comercial Quival, S.L." y socios de esta última.

En otras palabras, nos encontramos ante garantías cruzadas entre ambas **sociedades** como mecanismo para lograr la liquidez necesaria en orden al giro o tráfico al que se dedican. Obsérvese en esta línea que el art. 162.2 LSC excluye incluso el **acuerdo** de la **Junta General** para prestar garantías y facilitar asistencia financiera en favor de otras **sociedades** pertenecientes al mismo grupo.



El demandante expresa su temor de que, dada la inexistencia de límites cuantitativos y temporales, pueda comprometerse el patrimonio de "Quival, S.A." o de cualesquiera otras **sociedades** que en futuro pudieran incorporarse al grupo.

No obstante, debe significarse, primero, que la autorización tiene dos límites, ya que, por una parte, viene circunscrita como es lógico por el objeto **social** de la demandada, de modo que las garantías o avales solo se justifican en cuanto sean necesarios o convenientes para la consecución del fin **social**, que a su vez es interdependiente con el de "Comercial Valquin, S.L.", dadas las relaciones existentes entre ambas, y, por otra parte, justamente por esta razón, las garantías están subjetivamente restringidas en favor de "Comercial Valquin, S.L.", lo que supone que, contra lo que señala el actor, si en el futuro se incorporara otra entidad distinta al grupo fiscal, el **acuerdo** debería revisarse.

Y, en segundo lugar, que la referida autorización contribuye a agilizar el normal funcionamiento económico y administrativo de la **sociedad**, configurándose como un **acuerdo** cuya conveniencia incumbe valorar al órgano soberano de la **sociedad**, sin que el recurrente haya probado o, incluso, haya apuntado indicios, de la posible extralimitación de la consejera delegada en el uso de la delegación conferida. Extralimitación que se puede dar respecto de cualquier facultad y de la que, en todo caso, respondería la referida consejera a través de los cauces legalmente previstos.

Procede, pues, desestimar el recurso.

#### **QUINTO .- Costas procesales.**

La desestimación del recurso comporta la imposición al recurrente de las costas de esta alzada ( arts. 394 y 398 LEC ).

Vistos los artículos citados y demás de **General** y pertinente aplicación,

#### **LA SALA**

#### **FALLA**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Angel , representado por el procurador Sr. Sanjuan Fernández, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, y, en su consecuencia, confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo al recurrente las costas de esta alzada.

Así por esta sentencia, juzgando definitivamente en la instancia, lo pronuncia, manda y firma la Sala constituida por los Magistrados expuestos al margen.