



Roj: **STS 7765/2007 - ECLI:ES:TS:2007:7765**

Id Cendoj: **28079110012007101223**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2007**

Nº de Recurso: **4612/2000**

Nº de Resolución: **1229/2007**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 7765/2007,**  
**SAP B 7601/2000**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil siete.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Roberto Primitivo Granizo Palomeque, en nombre y representación del "COLEGIO OAK HOUSE, S.A. EN LIQUIDACION", contra la Sentencia dictada en once de junio de dos mil por la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Recurso de Apelación nº 616/98 dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía nº 402/96 del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Barcelona. Ha sido parte recurrida D<sup>a</sup> Cecilia , representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Concepción Villaescusa Sanz.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- D<sup>a</sup> Cecilia presentó, en 25 de abril de 1996, demanda de impugnación de acuerdos sociales contra COLEGIO OAK HOUSE, S.A.. La demanda dio origen al juicio de menor cuantía 402/96 del Juzgado de Primera instancia de Barcelona nº 23. La actora postulaba Sentencia en la que se declarara:

1.- La nulidad de los siguientes acuerdos:

- a) Los acuerdos 3 y 4 de la Junta General Extraordinaria celebrada el 20 de junio de 1989.
- b) Los adoptados en Junta General Ordinaria y Extraordinaria de 2 de febrero de 1995 como acuerda cuarto y quinto.
- c) Los acuerdos primero y tercero de la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de 25 de marzo de 1996.

Por consiguiente, la nulidad de la donación de determinados bienes efectuada a la Fundación que habría de seguir las actividades desarrolladas por la sociedad, renaciendo por tanto la situación jurídica anterior.

2.- La inscripción de la sentencia en el Registro de la Propiedad (Nº 8 de Barcelona), así como su publicación en extracto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, la cancelación del asiento de disolución y liquidación y de cuantos asientos posteriores a los de los acuerdos impugnados sean contradictorios con esta sentencia.

3.- La imposición a la demandada de las costas.

SEGUNDO.- La demandada compareció y contestó la demanda, oponiendo en primer lugar la excepción de sumisión a arbitraje, a continuación la de caducidad de la acción y formulando, en definitiva, oposición a las pretensiones de la actora. La demandada no aportó los documentos mencionados en su escrito de contestación hasta días después. Reclamados por la actora, por providencia se le hizo saber que los tenía a su disposición. La Providencia fue recurrida en reposición por la actora, solicitando que fueran inadmitidos



por haberle causado indefensión su aportación tardía. Por Auto de 19 de septiembre de 1996, considerando que no se trataba de documentos fundamentales y que el retraso de aportación no había causado indefensión, se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la actora, quien interpuso recurso de apelación contra dicho Auto

TERCERO.- Por sentencia que dictó en 14 de junio de 1997 el indicado Juzgado desestimó totalmente la demanda, absolvió a la demandada e impuso las costas a la actora.

CUARTO.- Interpuso la actora recursos de apelación, contra el Auto de 19 de septiembre de 1996 y contra la Sentencia. Conoció de ellos la Sección Decimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, Rollo 616/98. Esta Sala dictó sentencia en 11 de junio de 2000: estimó el recurso contra la sentencia, revocó la sentencia de primera instancia y, con estimación de la demanda, declaró la nulidad de los acuerdos cuarto y quinto de la Junta general de accionistas de la demandada celebrada en dos de febrero de 1995 (de los cuales el primero mencionado sustituyó a los tercero y cuarto adoptados en la Junta de 20 de junio de 1989), así como la de los acuerdos primero y tercero de la Junta celebrada en 25 de marzo de 1996, ordenando que se cumpla lo que, en relación con el Registro Mercantil, manda el artículo 122 del RDL 1564/1989, de 22 de diciembre. Con imposición a la demandada de las costas de primera instancia, y sin imponer las del recurso. Desestimó el recurso contra el Auto de 19 de septiembre de 1996, imponiendo las costas a la apelante.

QUINTO.- La Sentencia fue aclarada por Auto de 8 de septiembre de 2000, en el sentido de que la nulidad de los acuerdos cuarto y quinto de la Junta general de accionistas celebrada el dos de febrero de 1995, implica la nulidad de los acuerdos tercero y cuarto adoptados en la Junta de 20 de junio de 1989.

SEXTO.- Contra la expresada sentencia ha interpuesto Recurso de Casación la representación de COLEGIO OAK HOUSE, S.A. EN LIQUIDACION, formulando al efecto cinco motivos, todos ellos acogidos al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881. El Recurso fue admitido por Auto de 5 de septiembre de 2003. Oportunamente, la parte recurrida ha presentado escrito de impugnación.

SÉPTIMO.- Para votación y fallo se señaló el día 8 de noviembre de 2007, fecha en la que efectivamente tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- El debate.-

1.- Como resume la sentencia recurrida, la actora, titular de dos acciones de la sociedad COLEGIO OAK HOUSE, S.A., que se había constituido en 1968 por un grupo de padres a fin de proveer a la educación de sus hijos, plantea la demanda en base a la disconformidad con la donación del terreno y edificaciones que constituían el principal activo patrimonial de la sociedad a la FUNDACION OAK HOUSE SCHOOL, que se había decidido continuara la actividad docente hasta entonces llevada a cabo por la sociedad, a fin de dotar patrimonialmente a la fundación. La demanda se dirige no sólo a declarar la nulidad de la donación o cesión gratuita, sino que se extiende a sus consecuencias en la sociedad, que son la disolución y liquidación. La actora se basa en que el resultado de la operación llevado a efecto a través de los acuerdos había burlado su derecho a obtener una cuota de liquidación en la sociedad anónima.

2.- Por esa razón se impugnan un conjunto de acuerdos sociales, a través de los cuales se había avanzado hacia el objetivo. En concreto, se impugnan:

a) Dos acuerdos adoptados en la Junta General de accionistas de 20 de junio de 1989. El tercero, que trataba de dotar a la fundación del correspondiente patrimonio, mediante cesión gratuita de determinados bienes muebles. Y el cuarto, para completar la dotación a los fines previstos en la fundación, verificaba la cesión a la fundación de la titularidad del Centro docente Colegio OAK House como centro de enseñanza extranjero en España para Preescolar, EGB y Secundaria, Colegio Casa del Roure para BUP y Colegio Casa del Roure para COU (Folios 37 y sigs.)

b) Dos de los acuerdos adoptados en la Junta General extraordinaria de 2 de febrero de 1995. El cuarto, por el que se donaba a la Fundación Privada OAK House School, como donación pura y simple, la finca registral, es decir, el inmueble e instalaciones del Colegio, que es la finca nº 391 del Registro de la Propiedad de Barcelona nº 8. Y el quinto, por el que se disolvía la sociedad Colegio OAK House, S.A. como consecuencia de pérdidas que dejan reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, invocando al efecto los artículos 260.1.4º y 260.1.3º del texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Folios 77 y sigs.).



c) Dos de los acuerdos adoptados en Junta General de 25 de marzo de 1996. El primero, por el que se aprobaban las cuentas y el Informe de gestión correspondientes al ejercicio 1995. Y el tercero, por el que se aprobaba la liquidación y el balance final de liquidación. (Acta notarial obrante a los folios 81 y sigs.)

3.- En ejecución de los acuerdos señalados, se otorgaron las escrituras de donación de inmueble autorizada por la Notaria de Barcelona D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Isabel Gabarró Miquel en 23 de marzo de 1995, n<sup>o</sup> 974 de protocolo (Folios 88 y sigs. de los autos) y de disolución, autorizada por la misma Sra. notaria, en 26 de julio de 1995, n<sup>o</sup> 3.001 de protocolo (Folios 96 y sigs.)

II.- La sentencia de primera instancia.-

4.- Después de rechazar la excepción de sumisión a arbitraje, considera que se trata de una sociedad anónima abierta en que no existe el ánimo inversionista, así como que los acuerdos no son contrarios al orden público ni a la moral, ni a la ley, empezando por el acuerdo de 1989, por el que se reconvertía la sociedad en fundación, ni los adoptados después para dar trámite a ese objetivo. Descarta que se haya producido un abuso de mayorías y estima que las juntas posteriores son consecuencia ineludible de la de 1989 y enfatiza que la actora es la única disidente, frente a un interés social que en su criterio ha de prevalecer, pues, en definitiva, nos hallaríamos ante una "sociedad impropia, en cuanto a sus fines y socios que la integran, por lo que no puede realizarse su examen a la luz del régimen de las sociedades mercantiles strictu sensu".

III.- La sentencia recurrida.-

5.- La Sala de apelación toma como punto de partida la consideración de que "uno de los derechos que configuran la condición de accionista es el de participar en el reparto del patrimonio resultante de la liquidación" [artículo 48.2 (a) TRLSA y, antes, artículo 39.1 de la LSA de 17 de julio de 1951]. Se trata, sigue diciendo, de un "derecho mínimo e inderogable, cuanto menos por medio de acuerdo de la Junta general sin o contra la voluntad de su titular" (STS 1 de marzo de 1983).

6.- La actuación social de enajenaciones globales o cesión global de activos ha sido examinada con rigor por la jurisprudencia, ante la previsión de que sea privado el socio del indicado derecho, sin su voluntad, ya directamente, a través de un acuerdo que sería nulo por oposición a ley (artículo 115 TRLSA) bien a través de una circumventio que implicaría fraude (artículo 6.4 del Código civil), siempre en el sentido de tutelar el derecho del socio a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, sin perjuicio de que la STS de 19 de febrero de 1991 lo considerara como un acuerdo anulable, por lesivo a los intereses de la sociedad. (Pero en aquel caso, por razón de congruencia con los pedimentos de las partes, además de que no cabe extraer doctrina de una sola sentencia).

7.- Los acuerdos por los que decidieron dotar a la fundación con los activos patrimoniales básicos de la sociedad, y provocar con ello la liquidación en base al artículo 260 LSA, en cuanto dieron lugar a que la actora se viera privada de toda posibilidad de participar en el patrimonio resultante de la liquidación sin que conste su voluntad de renunciar a tal derecho, deber ser considerados nulos a todos los efectos, en particular a los de caducidad de la acción y legitimación activa (artículos 116 y 117 TRLSA).

8.- Los acuerdos de 1989 se adoptaron bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, pero, dice la Sentencia, no hay aquí una cuestión de Derecho transitorio, porque en realidad los acuerdos de 1989 fueron reproducidos en la Junta de 2 de febrero de 1995, es decir, fueron derogados y sustituidos por otro nuevo, que fue el que la sociedad ejecutó al pactar, como donante, con la fundación donataria, la transmisión gratuita de la finca, con la formalidad y efectos de los artículos 633 y 1462.2 del Código civil. Y fue en esa misma Junta de 2 de febrero de 1995 en la que se decidió, por mayoría, disolver la sociedad, como consecuencia de concurrir las circunstancias del artículo 260 TRLSA.

9.- Por aplicación de la doctrina sobre nulidad de los acuerdos y caducidad de la acción para impugnarlos (artículo 116 LSA en relación, entre otros, con los artículos 22.2 CCom. y 94 RRM, en cuanto se ha de inscribir la disolución), cuando se presenta la demanda (25 de abril de 1996) no había vencido el plazo anual de caducidad respecto de la acción de impugnación del acuerdo de disolución de "Colegio OAK House, S.A.", publicado en el BORME de 19 de julio de 1995, pero había transcurrido ese plazo respecto de la acción de impugnación del acuerdo de aportación del patrimonio fundacional, adoptado en 2 de febrero de 1995. Esta aportación de activos, sin embargo, constituye un acto nulo, contrario al orden público, que se identifica con un conjunto de reglas cardinales a deducir de las normas de naturaleza imperativa o de ius cogens esenciales para el sistema, ya que es esencial el fin lucrativo en la sociedad (Resolución DGRN 2 de febrero de 1966, 22 de noviembre de 1991), que, además, se confirma con la definición que del objeto social de Colegio OAK, S.A. ofrece el artículo 2 de sus Estatutos, en el que, entre otros extremos, se comprende la dedicación "a cualquier actividad de lícito comercio".



10.- En conclusión, dice la sentencia recurrida, "privar a un socio de un derecho económico del que es titular, porque se lo concede, como se ha dicho, la ley reguladora del tipo de sociedad de que se trata, sin que haya prestado su voluntad a ello, por no haber votado a favor del acuerdo ni aceptado regla estatutaria alguna en tal sentido, constituye, además de una infracción legal, violación patente del orden público". Lo que se traduce en que deba negarse la caducidad de la acción y, en coherencia con la línea discursiva indicada, estimarse la demanda.

SEGUNDO.- En el motivo primero, acogido al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , denuncia la recurrente la violación del artículo 1281.1 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla. El motivo trata de combatir la posición de la Sala de instancia, que se revela en la sentencia y se corrobora y precisa en el Auto de aclaración, en punto a que los acuerdos de la Junta de 2 de febrero de 1995 , cuarto y quinto, hayan derogado y sustituido a los adoptados (tercero y cuarto) en la Junta de 20 de junio de 1989 (FJ VIII de la sentencia). Considera la recurrente que "el resultado exegético obtenido", esto es, la interpretación de los acuerdos de la Junta en las celebradas en las fechas indicadas, es ilógico, irracional o conculcador de las normas de hermenéutica contractual. Los acuerdos de la Junta de 1989 formalizaban la dotación inicial de la Fundación, mediante la cesión de una serie de bienes muebles, que se completaba mediante la cesión a la Fundación de la titularidad del Centro docente. En 1995 se complementa dicha dotación, mediante el acuerdo de donar el inmueble, y se toma el acuerdo de disolución.

El motivo no puede prosperar.

A pesar de un cierto apoyo textual, pues, en efecto, los acuerdos de 1995 no son reproducción exacta de los de 1989, y es cierto que se han de aplicar a los acuerdos las reglas hermenéuticas de los artículos 1281 y siguientes del Código civil (STS de 21 de febrero de 2000 ), por lo que se plantea, en realidad, un problema de interpretación. La Sala de instancia entiende que los acuerdos se dirigen al mismo fin, que es la dotación de la Fundación, y se producen del mismo modo, es decir, mediante la donación de elementos del activo de la sociedad, antes de la liquidación y sin la concurrencia de una decisión unánime de los accionistas. En ello, no parece que pueda haber disensión. Ahora bien, la Sala considera que los acuerdos de 1995 de algún modo absorben o reciben los de 1989, los derogan y sustituyen, y tal aseveración , en efecto, no puede ser compartida en vista del tenor de los acuerdos.

En el análisis efectuado por la Sala de instancia, no obstante, el Fundamento Jurídico VIII de la sentencia recurrida afirma, en concreto, que la caducidad tan sólo debe ser examinada respecto de los acuerdos de la Junta de 2 de febrero de 1995, pero en el anterior Fundamento Jurídico VII se refiere a la cuestión de validez de los acuerdos de la Junta de 1989, a los que habría que aplicar la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 "si bien, en cuanto a la caducidad de la acción, debería tenerse en cuenta lo que establece, con alcance general, la Disposición Transitoria 4ª del Código civil ".

La viabilidad del motivo conduciría, dados los términos en que se ha suscitado el debate (artículo 1715.1.3º LEC 1881 ), al examen de la cuestión de la validez y eficacia de los acuerdos de la Junta de 1989, mediante los cuales se produce la enajenación a título gratuito de elementos del activo de la sociedad (bienes muebles y la titularidad del Colegio como centro docente). Nos encontraríamos entonces con que la falta de acuerdo del socio que después ha impugnado habría implicado la lesión del derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación (artículo 39.1º LSA 1951 ), que se trataría de un acuerdo contrario a ley (artículo 67 ) y que la acción de nulidad para la impugnación de los acuerdos contrarios a ley no queda sometida a plazos de caducidad (artículo 68 II LSA 1951 ) y, no habiéndose ejercitado, ha de regirse, como acertadamente señala la Sentencia recurrida, por la nueva Ley, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 4ª del Código civil , pues la acción nacida y no ejercitada subsiste, viene a decir el precepto indicado, con la extensión y en los términos que le reconociera la legislación precedente, pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos, a lo dispuesto en la nueva ley. Estaríamos, pues, en los plazos que señala el artículo 116 , si se entendiera que hay razones para determinar que los acuerdos impugnados resultan contrarios al orden público, interpretando la DT 4ª citada en el sentido en que lo viene haciendo la jurisprudencia (SSTS 8 de noviembre de 1995, 26 de mayo de 2000, 17 de septiembre de 2007 , etc.). En tal caso, no se habría producido la caducidad de la acción.

En definitiva, la Sala de instancia encuentra una íntima concatenación en los acuerdos de 1989 y de 1995, aun cuando no pueda decirse que los de 1995 vengán a fundirse con los anteriores, en tanto que el acuerdo de disolución se presenta como una consecuencia ineluctable del anterior, y aún diríamos que de todos los anteriores, de una y otra Junta. Pero aún cuando no fuere así, hay razones sobradas para proyectar la nulidad sobre los acuerdos de 1989 y por ello nos encontraríamos con lo que la jurisprudencia ha denominado "equivalencia de resultados", que impediría la estimación del motivo, puesto que habría de mantenerse el fallo o pronunciamiento de la sentencia aunque sea por fundamentos jurídicos distintos de los que la resolución combatida ha tenido en cuenta (SSTS 27 de septiembre de 1992, 10 y 24 de noviembre de 2000, 19 de julio y 21





de noviembre de 2001, 14 de febrero de 2002, 26 de junio y 19 de diciembre de 2003 , etc.). Por tales razones, el motivo no puede, en definitiva, ser estimado.

TERCERO.- En el motivo segundo, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , denuncia la entidad recurrente la "infracción de las reglas interpretativas de la valoración de la prueba contenidas en los artículos 1225 y 1218 del Código civil , y doctrina jurisprudencial que los desarrolla. El motivo se centra en la falta de análisis de los documentos acompañados a la demanda, e insiste sobre la diversidad entre los acuerdos adoptados en 1989 y en 1995.

El motivo se desestima.

Ante todo, han de tenerse por reproducidas las objeciones a la viabilidad del motivo que han quedado expuestas en el Fundamento Jurídico anterior.

En segundo lugar, la recurrente confunde el tema de interpretación contractual con el problema de valoración de la prueba, que han de tenerse por bien distintos (SSTS 10 de junio, 11,25 y 27 de octubre de 2004, etc, pues, como ha dicho la STS de 22 de abril de 2005 , la apreciación probatoria atiende a la fijación de los hechos, en tanto que la hermenéutica incide en la tarea de indagación y alcance jurídico de los mismos (SSTS 23 de diciembre de 1982, 30 de octubre de 1985, 2 de abril de 2002, 12 de mayo de 2003, 2 de abril y 30 de septiembre de 2004 , etc.). La interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, y la revisión casacional se reduce a la apreciación de ilegalidad, arbitrariedad o falta de lógica, pero en absoluto consiste en tratar de sustituir el criterio de la instancia en otro que se pretenda preferible u oportuno (SSTS 28 de abril y 20 de mayo de 2005, 23 de enero y 20 de mayo de 2004, 30 de diciembre de 2003 , etc.) La denuncia de error de Derecho en la valoración de la prueba exige bien la demostración de un error patente o de una arbitrariedad, en los términos señalados por la doctrina constitucional (SSTC 219/1993, de 30 de junio; 63/1990, de 2 de abril; 55/1993, de 15 de febrero; 107/1994 de 11 de abril , etc), bien la indicación del precepto legal de apreciación de la prueba que ha sido conculcado, expresión del concepto en que lo ha sido y el razonamiento adecuado para demostrar que, de haber sido aplicado correctamente, cabría sentar la base fáctica precisa para obtener el efecto jurídico pretendido (SSTS 10 de febrero de 2005, 20 de noviembre de 2000, 15 de marzo de 2002, 16 de marzo de 2001 , etc.).

Por otra parte, esta Sala tiene declarado que la prueba documental, incluso pública, no tiene prevalencia sobre las demás, vinculando al Juez solo respecto de su otorgamiento y de su fecha, pero de modo que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (SSTS 30 y 31 de diciembre de 2003, 26 de mayo y 18 de octubre de 2004, 27 de enero de 2005 , etc.)

Los acuerdos sociales tienen naturaleza negocial, en el sentido de ser expresivos de una voluntad productora de efectos jurídicos, y el acta en que se hacen constar tiene naturaleza de documento privado (RDGRN 30 de enero de 1985), salvo que se trata de Acta levantada por notario (artículos 114 LSA y 101 a 105 RRM). Sería, por ello, aplicable el artículo 1225 del Código civil (SSTS 11 de junio y 15 de octubre de 2001, 3 de mayo de 2004, 29 de mayo de 1987, 20 de abril de 1989, 3 de marzo de 1990 , etc.). Pero la Sala de instancia no ha desconocido las actas de las sucesivas Juntas, sino que ha examinado los sucesivos acuerdos en función del objetivo que se proponía la Junta, sin descuidar el análisis de los medios instrumentales a través de los cuales se proponía alcanzarlo. En el punto concreto que se combate en este motivo, la Sala de apelación entiende que los acuerdos de 1995 reproducían, derogaban y sustituían los acuerdos de 1989. Lo deduce no sólo del tenor o de la interpretación del contenido, sino también del hecho de que la sociedad ejecutó esos acuerdos (los de 1995) y de que en 1995 se tomó la decisión de disolver la sociedad. Como se ha visto, las posibilidades de revisión casacional de esta posición son limitadas, tanto si se examina la cuestión desde la perspectiva de la valoración de la prueba cuanto si se contempla desde el punto de vista de interpretación del documento. En ningún caso se da el error patente, la arbitrariedad, la ilogicidad o la contravención normativa que darían pie a la revisión que se postula.

Por cuyas razones, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- En el motivo tercero, también acogido al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , denuncia el recurso la infracción del artículo 6.4 del Código civil "por indebida aplicación", en relación con los artículos 48.2 y 115 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y con el artículo 39.1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 . El motivo se centra en los Fundamentos Jurídicos II y IV de la sentencia recurrida, citándose más adelante el XVI. En el FJ II, la Sala de instancia deja sentado que el derecho del accionista a participar en el reparto del patrimonio resultante de la liquidación es un derecho mínimo e inderogable, cuanto menos por acuerdo de la Junta sin o contra la voluntad del accionista. En el FJ IV se refiere la Sala de instancia a la posibilidad de una enajenación de activos patrimoniales de la sociedad sin cumplir las exigencias legales en el proceso de liquidación o con el efecto de lograr el mismo resultado "por medio de la circumventio que caracteriza el fraude - artículo 6.4. del Código civil -". En el FJ XVI se dice que privar a un socio de un derecho



económico sin su voluntad es "una patente violación del orden público, en cuanto acto contrario a las máximas que vinculan la disposición inter vivos de los derechos a la celebración de negocios o actos jurídicos voluntarios por persona legitimada para disponer o, cuanto menos, a la concurrencia de determinadas justas causas - artículo 349 CC y 33.3 de la CE".

La recurrente ataca la aplicación del artículo 6.4 del Código civil, a partir del hecho de que los acuerdos sobre creación de la Fundación y Estatutos, adoptados en la Junta de 1989, no han sido impugnados, y la donación de bienes por parte de la sociedad a la Fundación es perfectamente posible, dice, y no supone "per se" fraude ni perjuicio alguno. Para apoyar esta posición, señala la recurrente que el accionariado de la sociedad está formado única y exclusivamente por padres de alumnos matriculados en el centro; que todos los padres accionistas no tienen más que una o dos acciones; que la forma de adquirir y transmitir las acciones ha sido siempre muy distinta a la de una sociedad anónima cualquiera, pues no se han ejercido nunca los derechos de adquisición preferente; que ni una sola acción se ha vendido por precio superior al nominal; que no se ha seguido una política de beneficios; que la Fundación ha sido constituida gracias a la aportación de las acciones "por parte de la inmensa mayoría de los padres accionistas - 91,45% frente al 0,32% que supone la actora y ahora recurrida-. Concluye que "los accionistas son padres y no empresarios y nadie piensa que se trate de un negocio".

El motivo ha de ser desestimado.

Ante todo, no se está aplicando el artículo 6.4 del Código civil, a pesar de la expresa referencia que se realiza a este precepto en el Fundamento Jurídico IV. Si se lee atentamente la sentencia, la línea discursiva arranca de la consideración del derecho a participar en el reparto del patrimonio resultante de la liquidación (FJ II), derecho del que no cabe privar al socio sin su voluntad, lo que conduce, entre otras consecuencias, a estimar la invalidez de la cesión global de los activos de la sociedad (FJ III), actuación que debe "ser examinada con importantes matizaciones", pero que claramente impide la enajenación gratuita de todos (aunque el término no se utilice en sentido absoluto) los activos patrimoniales de la sociedad...o con el efecto de lograr el mismo objetivo por medio de la circumventio que caracteriza el fraude..." (FJ IV). En todo caso, el acto de privar al socio, sin su voluntad, del señalado derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación (artículo 48.2.a) LSA) constituye "una violación patente del orden público" (FJ XVI). Tal es el razonamiento de la sentencia en sus líneas precisas relativas al punto que nos ocupa. La Sala de instancia considera que los actos de enajenación gratuita de activos están vulnerando el derecho del socio a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, que es derecho mínimo e inderogable, que configura la condición de accionista.

Contra esta argumentación, la recurrente trata de justificar los acuerdos en base al específico carácter de la sociedad de que se trata, una sociedad sin ánimo de lucro, en la que el interés social habría de prevalecer sobre el individual, como decía la sentencia de primera instancia, en que se apuntaba la proximidad de la sociedad de autos con la figura de las sociedades deportivas.

La Sala comparte el criterio de la sentencia recurrida. Sin entrar en el debate doctrinal, y a reserva de una precisión del legislador sobre la constatación de un "interés de la sociedad" que habría de ser respetado por socios y administradores, el ánimo de lucro se presenta en la sociedad (artículos 1665 CC ; 116 CCom., etc.) como uno de los principios configuradores, y en el caso, además, la sentencia recurrida lo constata (FJ XV), sin que la recurrente haya combatido esta apreciación. La jurisprudencia se ha inclinado por las tesis contractualistas, antes que por las institucionalistas, señalando predominantemente el fin lucrativo como causa del contrato de sociedad (SSTS de 11 de marzo de 1983, 10 de noviembre de 1986, 19 de enero de 1987, 18 de noviembre de 1988, 7 de abril de 1989, 19 de febrero de 1991, 9 de octubre de 1993, 27 de enero de 1997, 18 de septiembre de 1998, entre otras muchas). De este modo, los acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad, y han de respetar su causa. Ello da sentido a preceptos como el artículo 48.2.a) LSA e impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición. Aunque no se impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento o obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el artículo 48.2.a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios (RRDGRN 2 de febrero de 1966, 22 de noviembre de 1991, 25 de noviembre de 1997, etc.).

Si para la realización de los fines que se proponían, los que el recurso llama "padres-accionistas" optaron por constituir una sociedad anónima, es claro que se sometieron a las reglas básicas de su configuración, que ahora no pueden exceptuar o desconocer, sobre todo cuando han podido llegar a establecer una Fundación, si ello les conviene, mediante un proceso en el que no resultare conculcado el derecho del accionista que se ha precisado.



QUINTO.- En el motivo cuarto, también por el cauce del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , denuncia el recurso la "inadecuada aplicación" del artículo 116.1 TRLSA , en relación con el artículo 1255 del Código civil y "el concepto de orden público". Frente a la consideración que la sentencia recurrida realiza de constituir los actos de enajenación gratuita una vulneración del orden público, opone la recurrente que "el orden público" es un concepto jurídico indeterminado que ha de ser interpretado y aplicado de acuerdo con el total ordenamiento y los principios "públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos". Señala acto seguido que estamos ante una sociedad "de lucro debilitado", que ninguno de los acuerdos impide la participación en los beneficios de la sociedad, y que se ofreció a los accionistas la compra de las acciones por su valor contable (Acuerdo 4º de la Junta de 2 de febrero de 1995). Concluye el motivo diciendo que, si se considera que no ha habido vulneración del orden público, debería desestimarse la impugnación de los motivos adoptados más de un año antes de la demanda.

El motivo ha de ser desestimado.

Esta Sala ha constatado la dificultad de fijar el concepto de orden público como límite de la autonomía privada, y ha señalado que, en cuanto excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación en el artículo 116 LSA , ha de ser aprehendido con sentido restrictivo, toda vez que podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que pudiera llegar a destruirse la regla de caducidad, sin duda introducida para la seguridad del tráfico (STS de 28 de noviembre de 2005 ). Pero ya señalaba que se ha de encontrar el orden público entre los principios configuradores de la sociedad, en cuanto haya de impedir que el acuerdo lesiones los derechos y libertades del socio (STC 43/1986, de 15 de abril ), pero no ciñéndose a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente, sino a derechos que afecten a la esencia del sistema societario (SSTS 18 de mayo de 2000, 26 de septiembre de 2006 ). La idea de referir el orden público a los "principios configuradores de la sociedad" se encuentra en otras decisiones (SSTS 21 de febrero de 2006, 30 de mayo de 2007, 19 de julio de 2007 ) y, como señalaba la Sentencia de 5 de febrero de 2002 (y sigue la de 19 de julio de 2007 ) un acuerdo social puede ser contrario al orden público por su contenido o por su causa, lo que permite valorar el propósito práctico perseguido con el acuerdo y, en casos como el presente, declarar que la nulidad que se postula, con oposición al orden público, no radica en el contenido del acuerdo, sino en que fue tomado con grave lesión de los derechos del accionista, especialmente el señalado en el artículo 48.2.a) LSA, derechos cuya efectiva protección constituye uno de los principios configuradores de la sociedad (artículo 10 LSA ).

Desde esta respectiva, pues, los acuerdos impugnados, unos en cuanto directamente conculcan el derecho del socio, y otros en cuanto son consecuencia ineluctable de los primeros, han de ser considerados nulos y constituyentes de una vulneración del orden público.

SEXTO.- En el motivo quinto, que también se acoge al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , la recurrente denuncia la infracción "por inadecuada aplicación" de los artículos 115.1 y 2 TRLSA. Trata de demostrar el recurso que los acuerdos impugnados, por cuanto lesionan los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios, serían anulables y no nulos. Se aplicaría, por ello, el plazo de caducidad del artículo 116.2 .

El motivo se desestima.

No sólo se trata de una cuestión nueva, que no cabe examinar en casación por no haber sido aducida tempestivamente en la instancia, so pena de vulnerar los principios de audiencia bilateral y de congruencia, así como los de eventualidad y preclusión, generando indefensión a la contraparte (SSTS 23 de mayo y 22 de octubre de 2002, 21 de abril y 18 de diciembre de 2003, 21 de abril, 27 y 28 de mayo de 2004 , etc.), sino que la nulidad ha sido razonada correctamente en los Fundamentos Jurídicos V y VI de la sentencia recurrida, verificando incluso una expresa referencia a la única decisión que el recurrente cita en apoyo de su tesis (STS 19 de febrero de 1991 ). No debe tratarse el tema como un supuesto de anulabilidad por lesión de los intereses de la sociedad. Esta condición se ha de predicar de los acuerdos válidos, tanto por razón de haber sido adoptados conforme a los requisitos de estructura, forma y de atribución de competencias cuanto por no oponerse a ley imperativa o prohibitiva, que devienen anulables precisamente porque lesionan los intereses de la sociedad "en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros", mención que la vigente Ley conserva y da sentido a este tipo de ineficacia. Así se desprende de la doctrina jurisprudencial (SSTS 18 de septiembre de 1998, 21 de octubre de 1994, 5 de julio de 1986 , etc.). El tono imperativo del precepto contenido en el artículo 48.2.a) LSA parece incuestionable, y de ello, como obligada consecuencia, deriva la aplicación del artículo 6.3 del Código civil , que establece la nulidad de los actos contra ley imperativa o prohibitiva, salvo que la propia ley disponga otra reacción para el caso de contravención.

SÉPTIMO.- La desestimación de los motivos del recurso conduce, en los términos establecidos en el artículo 1715.3 LEC 1881 , a la del propio recurso, con imposición al recurrente de las costas y pérdida, en su caso, del depósito constituido.



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

### FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Roberto- Primitivo Granizo Palomeque, en nombre y representación de "COLEGIO OAK HOUSE S.A. EN LIQUIDACION", contra la Sentencia dictada en 11 de junio de 2000 por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación nº 616/98, imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jesús Corbal Fernández .- Vicente Luis Montés Penadés.- Clemente Auger Liñán.-Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montés Penadés, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO