

www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 589/2014, de 3 de noviembre de 2014

Sala de lo Civil

Rec. n.º 490/2013

SUMARIO:

Sociedades. Impugnación de acuerdos sociales. Aprobación de las cuentas anuales. Derecho de información. Imagen fiel del patrimonio. Pacto parasocial.

Los llamados pactos parasociales o reservados, que preveían los arts. 7.1 TRSA y art. 11 LSRL (actualmente art. 29 TRLSC) son acuerdos celebrados por los socios que no son recogidos en los estatutos, destinados a regular cuestiones relacionadas con el funcionamiento u operativa de la sociedad, tales como pactos de sindicación de voto, de recompra de las participaciones, criterios para el nombramiento de administradores, etc., generalmente acompañados de cláusulas indemnizatorias en caso de incumplimiento, y de uso frecuente en los llamados «Protocolo familiar». El art. 29 TRLSC recoge el mismo contenido que los citados preceptos societarios hoy derogados, según el cual los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad. La eficacia de los pactos reservados, propia de todo contrato, son vinculantes y afectan a quienes lo suscribieron, pero no a las personas ajenas a los mismos, entre ellas, la sociedad, para quien dichos pactos son *res inter alios acta* y no puede quedar afectada por los mismos. Su validez ha sido puesta de relieve por esta Sala, que ha declarado que los pactos parasociales son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad. La mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social, si este no es contrario a los estatutos, a la ley o lesiona los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.3, 24 y 120.3.

Código de Comercio de 1885, arts. 32 y 34.

Ley 2/1995 (LSRL), arts. 11 y 84.

RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 7.1 y 172.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 218.2, 335, 348 y 469.1.

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 29, 254 a 258 y 300.

PONENTE:

Don Sebastián Sastre Papiol.

SENTENCIA

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por el procurador D. Jaime Romeu Soriano en nombre y representación de D. Abilio, Dª Araceli y D. Ángel Daniel, como sucesores procesales de "Patrimonio Protegido de



www.civil-mercantil.com

D. Jeronimo ", contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de procedimiento ordinario 972/2009, que a nombre de esta última entidad, se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona.

Es parte recurrida, GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.L. representado por el Procurador D. Andrés Corral Vázquez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

Primero.

El procurador D. Jaime Romeu Soriano en nombre y representación de PATRIMONIO PROTEGIDO de D. Jeronimo , formuló demanda de juicio ordinario, frente a la entidad mercantil GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.L., en la que suplicaba lo siguiente:

" [...] se sirva dictar sentencia por la que se declare:

1. La nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio 2008 de la sociedad GRAVITAS GESTIÓN SUELO SL adoptado en la Junta General de socios de fecha 15 de septiembre de 2009.
2. Condene a la demandada a pagar las costas y gastos del juicio".

Segundo.

El procurador D. Francisco Ruiz Castel en nombre y representación de GRAVITAS GESTIÓN SUELO S.L., presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "dicte sentencia en el sentido de desestimar íntegramente los pedimentos de la adversa contra mi representada, la entidad GRAVITAS GESTIÓN SUELO SL con expresa imposición de costas a la parte actora por su temeridad y mala fe".

Tercero.

El Juzgado de lo Mercantil 1 de Barcelona, Procedimiento Ordinario 979/2009, dictó Sentencia núm. 339/2011 de 11 de noviembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva: "Que debo acordar y acuerdo desestimar la demanda formulada a instancia de Consejo de Administración y Gestión del Patrimonio Protegido de Jeronimo contra la mercantil GRAVITAS GESTIÓN SUELO S.L., y todo ello con expresa condena en costas a la parte actora.

Quedan desestimadas todas las pretensiones no contenidas en el fallo de la presente resolución."

Tramitación en segunda instancia

Cuarto.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Procurador D. Jaime Romeu Soriano en nombre y representación de D. Abilio , Dª Araceli y D. Ángel Daniel ,



www.civil-mercantil.com

como sucesores procesales de PATRIMONIO PROTEGIDO de D. Jeronimo . La representación procesal de GRAVITAS GESTIÓN SUELO S.L. se opuso al recurso de apelación interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó Sentencia núm. 436/2012 el 19 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva decía:

"Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Abilio , Araceli y Ángel Daniel contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Barcelona de fecha 11 de noviembre de 2011 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos por defectos de forma.

Desestimamos íntegramente la demanda de Abilio , Araceli y Ángel Daniel contra Gravitas Gestión Suelo S.L. e imponemos a los demandantes las costas de la primera instancia.

No hacemos imposición de las costas del recurso y ordenamos la devolución del depósito constituido."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

Quinto.

El procurador D. Jaime Romeu Soriano en nombre y representación de D. Abilio , Dª Araceli y D. Ángel Daniel , interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

" RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL :

Primero.

- De conformidad con lo dispuesto en el art. 469.1.2ª LEC , vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto, infracción de lo dispuesto en el art. 218.2 de la LEC y 120.3 CE , falta de motivación. Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011 y 5 de noviembre de 2009 .

Segundo.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 469.1.4º LEC , vulneración del art. 24 CE y en concreto de las normas relativas a la valoración de la prueba pericial en el proceso, previstas en los arts. 335 y 348 LEC , en relación con lo dispuesto en el art. 9.3 CE .

RECURSO DE CASACIÓN :

Primero.

En relación con la imagen fiel, infracción por incorrecta aplicación del art. 34, apartados 2º y 3º del Código de Comercio según redacción establecida en el artículo primero, apartado uno de la Ley 16/2007, de 4 de julio , de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (norma con una vigencia inferior a los cinco años).



www.civil-mercantil.com

Segundo.

En relación con la imagen fiel, infracción de lo establecido en las normas 2ª, 4ª, 12ª, 15ª y 17ª del Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre (norma con una vigencia inferior a los cinco años).

Tercero.

En relación con la imagen fiel, infracción por incorrecta aplicación del art. 84 de la LSRL y 172 del TRLSA y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que los interpreta. Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2002 y 20 de marzo de 2009 ."

Sexto.

Por Diligencia de ordenación de 28 de febrero de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

Séptimo.

Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente la procuradora Dª Mercedes Caro Bonilla en nombre y representación de D. Abilio , Dª Araceli y D. Ángel Daniel . Y, como recurrido el procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro en nombre y representación de GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.L.

Octavo.

Esta Sala dictó Auto de fecha 5 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de D. Abilio , Dª Araceli y D. Ángel Daniel , contra la sentencia dictada, con fecha 19 de diciembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apelación nº 190/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 972/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona.

2º) De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC 2000 , entréguese copia del escrito de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito, en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría."

Noveno.

La representación procesal de GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.L., presentó escrito oponiéndose al recurso interpuesto.



www.civil-mercantil.com

Décimo.

Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 2 de septiembre de 2014, para votación y fallo el día 8 de octubre de 2014, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resumen de Antecedentes.

1. Se formula por los demandantes, hoy recurrentes, sucesores de PATRIMONIO PROTEGIDO de D. Jeronimo (creado al amparo de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), demanda de impugnación de acuerdos sociales relativos a la aprobación de las cuentas anuales referidas al ejercicio de 2008, de la sociedad "GRAVITAS GESTIÓN SUELO S.L.", adoptados en la junta general de socios de fecha 15 de septiembre de 2009.

La solicitud de nulidad del acuerdo tenía dos fundamentos:

a) Infracción del derecho de información a los socios, al no facilitarse la información solicitada, antes, durante y después de la Junta.

b) Ausencia de reflejo de la imagen fiel del patrimonio de la compañía, al no incluir ni en el balance ni en la memoria, mención alguna del pacto de socios suscrito con fecha 31 de julio de 2007.

2. La sentencia de primera instancia, desestimó la demanda, con imposición de costas.

Entendió que la información solicitada el 14 de septiembre de 2009, el día antes de la Junta, no guarda relación con el orden del día de aprobación de cuentas anuales, por lo que no puede entenderse que haya existido vulneración de tal derecho de información; en cuanto a la segunda alegación conforme las cuentas no reflejan la imagen fiel del patrimonio de la compañía, al no reflejar en el balance la contraprestación de una permuta del solar aportado por el impugnante en una ampliación de capital social, de acuerdo con un pacto celebrado entre socios, estimó el Juzgado que el informe pericial nada dice del pacto y solo se "desprende que la situación económica de la mercantil no era buena, habiendo cerrado 2008 con pérdidas y se considera necesario una ampliación de capital" (FD Tercero).

3. Formulado recurso de apelación, la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, estimó en parte el recurso de apelación, revocó por defectos de forma la sentencia de primera instancia, en su FD Tercero, pero desestimó íntegramente la demanda.

En cuanto al derecho de información, hizo suyos los argumentos de la sentencia de primer grado en tanto que la información solicitada nada tenía que ver con los acuerdos que debían ser aprobados en la Junta; en cuanto a la infracción del principio de imagen fiel, tras la valoración jurídica de los textos societarios, concluye que la permuta fue una operación convenida entre socios en un pacto parasocial entre la socia originaria de GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.L., la compañía mercantil GRAVITAS INVERSIONES S.L., y el socio que



www.civil-mercantil.com

pretendía entrar en el capital de esta última, los actores impugnantes, pero este pacto, señala, no obliga a la sociedad sino a los socios. Buena prueba de ello es que el aportante exigió del otro socio una pignoración de las acciones de la sociedad a la que se aportó el solar.

4. Se interponen recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, por los demandantes, referido al pronunciamiento que recoge la sentencia de apelación en cuanto a la infracción del principio de la imagen fiel de las cuentas aprobadas en la junta de socios de 15 de septiembre de 2009. No así en cuanto a la infracción del derecho de información que la sentencia recurrida desestimó, confirmando el pronunciamiento de la sentencia de primer grado.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

Segundo. *Formulación de los motivos.*

El recurso extraordinario por infracción procesal, se articula en dos motivos:

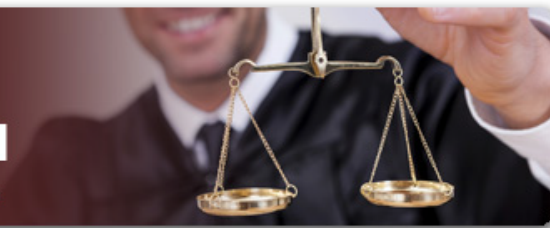
En el motivo primero denuncia la infracción del art. 218.2 de la LEC, y del art. 120.3 de la Constitución, por falta de motivación, en relación a la valoración de la prueba, como ha señalado el Tribunal Supremo, en sentencias de 7 de julio de 2011 y 5 de noviembre de 2009. No recoge la sentencia de apelación ninguna referencia a la prueba pericial aportada, lo que causa indefensión pues se desconoce si ha sido ponderado y valorado, o por el contrario no ha sido tenido en cuenta, sin hacer ninguna apreciación. Así el pronunciamiento desestimatorio de la demanda, con total ausencia de motivación y nula exposición en relación con la valoración de los medios de prueba propuestos y practicados causa indefensión, no basta según los recurrentes con decir que se comparte el razonamiento de la parte demandada, sin hacer ninguna mención a los medios de prueba aportados.

Como posteriormente aclara, con cita de doctrina de esta Sala, lo que se denuncia es una falta de motivación o una apariencia de motivación de la sentencia que la vicia de arbitrariedad, al no contener ninguna referencia a una prueba -la pericial- que la parte considera relevante para resolver el fondo del asunto. Defecto que, ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala permite denunciar por el cauce del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC.

En el motivo segundo, denuncian los recurrentes la infracción del art. 24 de la Constitución en relación a los artículos de la LEC, 335 y 348 sobre la valoración de la prueba pericial, y el art. 9.3 de la Constitución, teniendo en cuenta, la trascendencia de la prueba pericial, en este tipo de procedimientos, dados los especiales conocimientos en contabilidad que se precisan para resolver cuestiones como las que conforman el objeto del pleito, como ha destacado la Sala, entre otras, en la sentencia de 23 de octubre de 1999 y, en la sentencia recurrida, no se ha efectuado ningún tipo de valoración.

Tercero. *Razones de la Sala para desestimar el recurso*

Ambos motivos, estrechamente relacionados entre sí, deben ser examinados conjuntamente. Ello es así porque la pretensión que subyace en los dos motivos es la de que se valore por esta Sala la prueba pericial aportada por la demandante, hoy recurrente, tanto porque entiende que no se ha motivado, que no se ha explicitado suficientemente el parecer del tribunal sentenciador sobre dicha prueba a la hora de no tomarla en consideración, como, precisamente, porque, admitida y practicada, siendo útil y pertinente y no constando



www.civil-mercantil.com

impugnación de contrario, debió valorarse y sus conclusiones debieron servir de base a la decisión del tribunal de apelación por tratarse de la única prueba conducente a acreditar los necesarios conocimientos específicos que se requerían para resolver la controversia.

Según consolidada jurisprudencia de esta Sala (STS de 8 de abril de 2014, RC nº 1581/2012 , con cita de las SSTs de 18 de febrero de 2013, RC 1287/2010 y 4 de enero de 2013, RC 1261/2010 , entre las más recientes) la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad; de forma que procede la revisión probatoria: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio; b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica o se adopten criterios desorbitados o irracionales; c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial; y d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias; sin que le sea factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones.

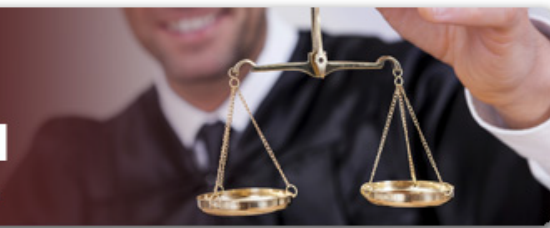
En línea con lo anterior, se encuentra igualmente consolidada la doctrina que declara (STS de 8 de abril de 2014, RC nº 1581/2012): a) que la valoración de la prueba y la motivación de la sentencia son dos cuestiones diversas que no pueden tratarse conjuntamente ni mezclarse (STS 3 de noviembre de 2009, RC n.º 1459/2005 y 25 de noviembre de 2010, RC n.º 305/2007) de tal forma que el cauce del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , siendo el único idóneo para denunciar una incorrecta valoración probatoria y para pretender su revisión, no lo es, por el contrario, cuando lo que en realidad se cuestiona es una falta de motivación de la valoración probatoria o una mera apariencia de motivación que la vicie de arbitrariedad, que ha de denunciarse al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 y con fundamento en la infracción del art. 218.2 LEC (STS de 8 de julio de 2009, RC 693/2005 ; 28 de septiembre de 2012, RC 1825/2009); y b) que el hecho de que en la sentencia impugnada no se tome en consideración determinado o determinados elementos de prueba, relevantes a juicio de la recurrente, carece de trascendencia en relación con el cumplimiento del requisito de motivación y es suficiente que el tribunal razone sobre aquellos elementos a partir de los cuales obtiene sus conclusiones, sin necesidad de que se refiera de manera exhaustiva a todos los medios de prueba obrantes en los autos (STS de 8 de julio de 2009 , RC n.º 13 / 2004 y 25 de noviembre de 2010, RC n.º 305/2007).

Asimismo, la STS de 8 de abril de 2013, RC nº 1291/2010 afirma que «Las pruebas periciales son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de ellas (SSTs 139/2006, de 9 de febrero ; 124/2006, de 22 de febrero) y solo es posible su revisión en el recurso extraordinario por infracción procesal cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible o se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia (STS 309/2005, de 29 de abril)».

En aplicación de esta doctrina los motivos se desestiman por las razones siguientes:

a) Desde un punto de vista formal, la falta de motivación de la valoración probatoria o una mera apariencia de motivación que la vicie de arbitrariedad, constituyen, de ser ciertas, infracciones del art. 218.2 LEC que han de denunciarse al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , no siendo posible su examen al amparo del art. 469.1.4º LEC . El planteamiento del primer motivo es formalmente correcto.

No obstante, procede su desestimación, principalmente, porque contrariamente a lo que se denuncia, la sentencia sí expresa (fundamentos de derecho 18. y 19.) las razones en



www.civil-mercantil.com

las que apoya su decisión de no ponderar la prueba pericial, las cuales, como se dirá al resolver el recurso de casación, guardan estrecha relación con la cuestión jurídico-sustantiva, esto es, que el pacto suscrito el 31 de julio de 2007 era un pacto parasocial, y que por tal naturaleza no podía considerarse afectada la imagen fiel del patrimonio social (motivo alegado como fundamento de la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales) por la circunstancia de que las cuentas anuales no lo reflejaran. Además de que, en cualquier caso, el tribunal podía resolver con arreglo a la base fáctica que entendiera acreditada mediante el conjunto de la valoración probatoria sin necesidad de atender expresamente a un medio concreto, como la pericial, de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica y sin un valor superior a las restantes.

b) La anterior argumentación también lleva a rechazar el segundo motivo, porque no cabe interesar ahora la valoración de una prueba respecto de la que se justificó su irrelevancia en función de cual era la cuestión controvertida, ni resulta posible sustentar un motivo de infracción procesal en normas sobre valoración libre de la prueba, como acontece con la prueba pericial y con la testifical, que al tratarse de pruebas de libre valoración - sana crítica- solo permitirían fundar un motivo (por el cauce, correctamente utilizado, del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC) en supuestos de arbitrariedad o error patente en la valoración, en ningún caso cuando, ya se ha dicho, se prescindió de valorarla por razones ligadas con la cuestión de fondo.

RECURSO DE CASACIÓN.

Cuarto. Formulación de los motivos

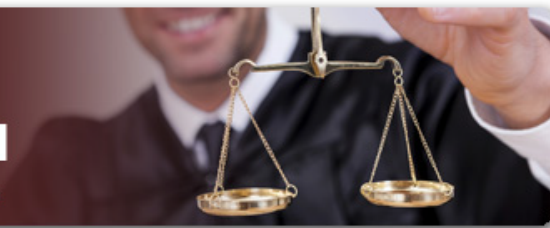
El recurso de casación se desarrolla en tres motivos:

En el primer motivo plantean la infracción de los artículos 34.2 y 32 del Código de Comercio , según ley 16/2007 de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable con base en la normativa de la Unión Europea, norma con vigencia inferior a cinco años, pues entró en vigor el 1 de enero de 2008, y la sentencia recurrida se dictó el 19 de diciembre de 2012 .

La nueva redacción dada al apartado 2 del art. 34 del Código de Comercio , recoge un precepto del siguiente tenor: "a tal efecto en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica" .

Con base a esta realidad económica, debe interpretarse el pacto de entrega de viviendas a favor del aportante a tenor de la operación de permuta que debe tener reflejo en las cuentas anuales. Aun cuando es un pacto extraestatutario vincula a la mercantil demandada, frente a la conclusión a la que ha llegado la Audiencia, que comparte "el punto de vista de la demandada". El pacto suscrito [dice la sentencia recurrida] en fecha 31 de julio de 2007 , no obliga a la demandada Gravitas Gestión Suelo, SL, sino que se trata de un pacto parasocial entre el socio originario de esa sociedad y el socio que pretendía entrar en su capital social..." .

En cuanto al apartado 3 del art. 34 del CCom , se señala que cuando las disposiciones legales no sean suficientes para mostrar la imagen fiel, "se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado" . De acuerdo con esta precisión, debería en la memoria facilitarse información suficiente a socios y a terceros con el fin de permitir a los mismos que puedan tener una imagen fiel y real del auténtico patrimonio de la sociedad, ya que se ha hecho constar la obligación de entrega de los apartamentos, una vez finalizada la obra que representa el 40% de la misma. Crea una apariencia de solvencia frente a terceros que no se corresponde con la realidad.



www.civil-mercantil.com

Señala que dada la escasa vigencia temporal de este tercer apartado tampoco existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en cuanto a la interpretación del criterio relativo a la necesaria información complementaria en la memoria.

En el segundo motivo, en relación a la imagen fiel que deben presentar las cuentas anuales, los recurrentes, plantean la infracción de las normas que regulan el Plan General Contable aprobado por Real Decreto de 1514/2007, pues la sentencia recurrida cuando mantiene que las cuentas aprobadas reflejan la imagen fiel de la compañía, vulnera la norma 2ª del inmovilizado material, la norma 15ª de provisiones y contingencias, la norma 17ª de transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio, la norma 4ª y 24.4ª sobre registro y valoración, norma 12ª de operaciones con partes vinculadas, normas todas con vigencia inferior a cinco años.

En el tercer motivo mantienen también la infracción por incorrecta aplicación del art. 84 de la LSRL y 172 de TRLSA y de la doctrina del Tribunal Supremo, conforme a la sentencia de 20 de marzo de 2009, que recoge la doctrina de la Sala, respecto de los acuerdos sociales, a través de los cuales se aprueban las cuentas de la sociedad que vulneren el principio contable de la "imagen fiel", han de ser tenidos por nulos.

En el presente caso, señalan los recurrentes, la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta, que no se haya reflejado en las cuentas anuales las obligaciones de sociedad, derivadas de la operación de permuta, cuando menos, en la memoria, lo que constituyen la infracción que determina la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales.

Quinto. Razones de la Sala para estimar los motivos que fundan el recurso de casación.

Sin perjuicio de dar respuesta a cada uno de los motivos que fundan el recurso de casación, vamos a tratarlos conjuntamente, dada la íntima conexidad que guardan todos entre sí, referidas a la omisión en las cuentas anuales de las obligaciones contables que son consecuencia de una operación de permuta convenida en un pacto parasocial.

1. Los razonamientos de los tres motivos descansan en la omisión en las cuentas anuales de las consecuencias económicas y jurídicas que derivan de no poner de manifiesto en la documentación contable ni en la memoria la existencia del pacto de socios celebrado el 31 de julio de 2007 entre los recurrentes y la Compañía GRAVITAS INVERSIONES, S.A., socios únicos de la Compañía demandada, GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.A.

En virtud del citado pacto parasocial se describe una operación de permuta por la que, mediante una ampliación de capital social, los recurrentes suscribirían las participaciones de la misma con la aportación no dineraria del solar de su propiedad (de 696,64 mts²). Finalizada la construcción de las viviendas, 4,8 de ellas se entregarían a los socios que aportaron el solar (278,75 mts²) y la sociedad acordaría una reducción del capital social en la cantidad necesaria equivalente al valor de las participaciones en el momento de la enajenación a favor de la propia sociedad, que las amortizaría.

En garantía de que la operación descrita pudiera llevarse a cabo, mediante la adopción de los pertinentes acuerdos con el voto favorable por parte del restante socio y administrador de la compañía demandada, los recurrentes exigieron una prenda de acciones que INVERSIONES GRAVITAS S.L. ostentaba en el capital social de GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.L.

2. Los llamados pactos parasociales o reservados, que preveían los arts. 7.1 TRSA y art. 11 LSRL (actualmente art. 29 LSC) son acuerdos celebrados por los socios que no son recogidos en los estatutos, destinados a regular cuestiones relacionadas con el funcionamiento



www.civil-mercantil.com

u operativa de la sociedad, tales como pactos de sindicación de voto, de recompra de las participaciones, criterios para el nombramiento de administradores, etc., generalmente acompañados de cláusulas indemnizatorias en caso de incumplimiento, y de uso frecuente en los llamados "Protocolo familiar".

El art. 29 LSC recoge el mismo contenido que los citados preceptos societarios hoy derogados, según el cual "los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad".

La eficacia de los pactos reservados, propia de todo contrato, son vinculantes y afectan a quienes lo suscribieron, pero no a las personas ajenas a los mismos, entre ellas, la sociedad, para quien dichos pactos son "res inter alios acta" y no puede quedar afectada por los mismos.

Su validez ha sido puesta de relieve por esta Sala en SSTs 128/2009 de 6 de marzo, 138/2009, de 6 de marzo, y recientemente la 306/2014, de 16 de junio que invoca aquellas, que han declarado que los pactos parasociales son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad. La primera afirma que, la mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social, si este no es contrario a los estatutos, a la ley o lesiona los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas.

3. Sentado cuando precede y proyectando la doctrina expuesta al caso enjuiciado, daremos respuesta a los motivos del recurso que deben ser estimados.

En el presente caso, el contrato parasocial se suscribe, por una parte, INVERSIONES GRAVITAS S.L., como socia y administradora única de la demandada, GRAVITAS GESTIÓN SUELO S.L., lo que confirma y ratifica la estipulación tercera del contrato, y Don Jeronimo, por otra.

No hay más socios que intervengan en el contrato parasocial, y además, INVERSIONES GRAVITAS, S.L. es -o era, antes de la aportación del solar- socio único y administrador de GRAVITAS GESTIÓN SUELO S.L. En el presente supuesto, no cabe hablar de pactos reservados para la sociedad GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.L. sino pactos manifiestamente conocidos por dicha sociedad. Regula el contrato una mera operación de permuta, que bien pudo convenirse directamente con esta última sociedad y que, por cuestiones tributarias, interesó dejarla al margen, describiéndose la operativa a seguir para obtener el resultado final, a saber: la ampliación de capital social con desembolso de aportaciones no dinerarias (el solar), ex art. 300 LSC; ejecución de la promoción; y venta de las participaciones sociales a la sociedad siendo el precio "in natura", las 4,8 viviendas, satisfecho, simultáneamente a la reducción de capital social con amortización de las participaciones.

Como pone de manifiesto la parte recurrente, el solar aportado era el único patrimonio de GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.L. No tener en cuenta los criterios contables que exige el Plan de Contabilidad de Pequeñas y Medianas empresas aprobado por el RD 151/2007, de 16 de noviembre, como consecuencia de la incorporación de un inmovilizado en el balance con finalidad de permuta, por circunstancia de que la sociedad no fue parte del contrato parasocial, siendo así que su administrador y único socio, INVERSIONES GRAVITAS S.L. fue el que lo suscribió juntamente con el aportante, hoy recurrente, supone un alegato que infringe abiertamente los apartados 2 y 3, del art. 34 del CCom, modificados por la Ley 16/2007, de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, según veremos seguidamente.

Los apartados 2º y 3º del art. 34 del CCom según redacción por la Ley 16/2007, exigen que: "las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, con la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica".



www.civil-mercantil.com

Cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado" (énfasis añadidos en el recurso).

La ocultación en el Balance y en la memoria de la finalidad de la aportación dineraria llevada a cabo, con la simple justificación de que se contempla en un pacto parasocial del que no fue parte la sociedad demandada, es grave en relación a terceros, pues, frente a ellos, no se muestra la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad. El propio Estado, por razones de índole tributarias, está interesado en la veracidad de la contabilidad, estableciendo, en ocasiones, criterios no siempre coincidentes con las normas contenidas en las leyes societarias. El deber público de contabilidad queda sometido a una conducta diligente y exigente de lealtad y veracidad que debe permitir a terceros, a accionistas y al mercado, en general, la imagen fiel del patrimonio, y las magnitudes financieras de la sociedad por las que se dan a conocer la situación financiera y sus resultados.

4. En el presente caso, se omiten normas tan básicas como la 2ª del RD 1514/2007, de 16 de noviembre de 2007, sobre Registro y Valoración de elementos del inmovilizado material cuando se adquiere por permuta, la norma 15ª sobre Provisiones y Contingencias, que pueden venir determinadas por una disposición legal, contractual o por una obligación implícita, como es el caso de una permuta en términos predeterminados con su aportante D. Jeronimo con el que se asumió la obligación de entregarle una contraprestación en inmuebles resultantes de la promoción, lo que debe figurar, cuando menos en la memoria; infracción de la Norma 17ª sobre Transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio, cuando el pago debe hacerse mediante parte del patrimonio aportado, por lo que debe reconocer un pasivo en la medida en que la empresa hubiere incurrido en una obligación presente de liquidar con activos, como es el caso; infracción de la Norma 4ª y 24.4ª que ordena que en la memoria debe hacerse constar: "la naturaleza y el propósito de negocio de los acuerdos de la empresa que no figuren en el balance y sobre los que nos se haya incorporado información en otra nota de la memoria, así como su posible impacto financiero, siempre que esta información sea significativa y de ayuda para la determinación de la posición financiera de la empresa" ; y, por último la norma 12ª sobre operaciones con partes vinculadas, que en el presente supuesto que contemplamos se da entre GRAVITAS INVERSIONES S.L. como socio administrador de GRAVITAS GESTIÓN SUELO S.L., el socio aportante, aquí recurrente. El apartado segundo de la referida norma señala: "La empresa facilitará información suficiente para comprender las operaciones con partes vinculadas que haya efectuado y los efectos de las mismas sobre sus estados financieros, incluyendo, entre otros, los siguientes aspectos: a) Identificación de las personas o empresas con las que se han realizado las operaciones vinculadas [...]">>>

>> b) Detalle de la operación y su cuantificación expresando la política de precios"

Conforme a lo expuesto, no haber tenido en cuenta las normas de contabilidad expresadas precedentemente, ni en el Balance ni en la memoria, debe concluirse que las cuentas anuales no se han formulado con la claridad necesaria, ni muestran la imagen fiel del patrimonio, ni de la situación financiera y de los resultados, por lo que el acuerdo que las aprobó es nulo, aunque se hayan adoptado de modo formalmente correcto. La contabilidad precisa y ordenada viene impuesta por los arts. 254 a 258 LSC , arts. 35 y 35 CCom y no deben ser obstáculo para cumplimentar tales preceptos la existencia de un pacto parasocial con el pretexto de que se mantenía reservado frente a la sociedad, cuando fue el socio único y administrador quien lo suscribió juntamente con el futuro socio, aportante del solar y hoy recurrente en casación.

Los motivos se estiman.



www.civil-mercantil.com

Sexto. Costas.

No procede imponer las causadas por el recurso de casación que ha sido estimado, devolviendo al recurrente el depósito constituido para recurrir.

Procede imponerlas al recurrente las originadas por el recurso por infracción procesal que ha sido desestimado, con pérdida del depósito para recurrir.

Procede imponer las costas ocasionadas en la primera instancia a la demandada, GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.L.; no procede imponer las de la segunda instancia a ninguna de las partes.

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

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso de infracción procesal interpuesto por la representación de D. Abilio , Dª Araceli y D. Ángel Daniel , como sucesores procesales del Consejo de Administración y Gestión del Patrimonio de D. Jeronimo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 19 de diciembre de 2012, en el Rollo 190/2012 .

2º.- Se imponen las costas del recurso a los recurrentes, con pérdida de los depósitos constituidos.

3º.- Estimar el recurso de casación interpuesto contra la expresada sentencia por la representación de D. Abilio , Dª Araceli y D. Ángel Daniel , que anulamos y dejamos sin efecto y, en su lugar, declaramos nulos los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales de GRAVITAS GESTIÓN SUELO, S.L., correspondientes al ejercicio económico de 2008, adoptados en la Junta General de socios celebrada el 15 de septiembre de 2009.

4º.- Se imponen las costas de la primera instancia a la sociedad GRAVITAS GESTIÓN SUELO S.L., y no procede imponer las ocasionadas en la segunda instancia que debió haber estimado el recurso de apelación. No procede imponer las costas del recurso de casación, devolviéndose el depósito al recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO Y RUBRICADO.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.