

Id Cendoj: 28079110012009100141
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 700/2004
 Nº de Resolución: 138/2009
 Procedimiento: Casación
 Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA x
- x SOCIO (SOCIEDAD LIMITADA) x
- x ACUERDOS SOCIALES (SOCIEDAD LIMITADA) x
- x IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES (SOCIEDAD LIMITADA) x
- x AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD x
- x FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN x

Resumen:

Sociedades de responsabilidad limitada. Pactos parasociales e impugnación de acuerdos: Se plantea la necesidad de decidir si el acuerdo adoptado en el seno del órgano social puede ser declarado nulo o anulado por contravenir, si es que lo hace, lo pactado por los socios en el ámbito de un pacto parasocial, y la respuesta debe ser negativa a la vista de los términos en que está redactado el artículo 115.1 del Real Decreto 1.564/1.989 - aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2/1.995 -, ya que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad; los pactos parasociales, mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos, son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad y la mera infracción del convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado. El sistema de representación proporcional en la designación de los miembros del órgano colegiado de administración no priva a la junta general de la competencia para el nombramiento.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por DON Jesús , DON Braulio y DOÑA Fátima , representados por el Procurador de los Tribunales don José Alberto Poggio Morata, contra la Sentencia dictada, el día veintiséis de enero de dos mil cuatro, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la Sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Arona. Es parte recurrida TURISTICA KONRAD HIDALGO, SL, representada por el Procurador de los Tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha de cuatro de abril de dos mil uno, el Procurador de los Tribunales don Buenaventura Alfonso González, en representación de don Jesús , don Braulio y doña Fátima , interpuso ante el Juzgado Decano de los de Arona demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales, contra Turística Konrad-Hidalgo, SL.

Alegó, en síntesis, en el referido escrito que el capital de Turística Konrad-Hidalgo, SL, constituida por

escritura de veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y tres, estaba dividido en participaciones que pertenecían de modo desigual a las familias Ignacio e Jesús ; que los socios lo eran también de varias sociedades de un grupo, en el que sociedad dominante era Kurt Konrad y Cía, SA, constituida en mil novecientos setenta y tres; que, al fin de evitar los problemas que, con el tiempo, se fueron planteando, los miembros de las dos familias, presentes o representados, llegaron, el día veintitrés de junio de mil novecientos noventa y siete, a un acuerdo que debía aplicarse a todas las sociedades del grupo, por medio de las correspondientes modificaciones estatutarias; que según ese pacto, apartado VIII, " *todos los accionistas... se comprometen a actuar en todo momento en beneficio de la sociedad y en base a los principios de cogestión, lealtad y buena fe...* " y a " *equilibrar las posiciones sociales, estableciendo quórum más rigurosos para la adopción de acuerdos estructurales o de gran trascendencia societaria y mediante la formación de un nuevo consejo de administración compuesto por cinco miembros, reconociéndose el derecho del señor Ignacio a designar tres consejeros y del señor Jesús y sus representados a designar los otros dos consejeros* "; que, en ejecución del referido pacto, en junta general de Turística Konrad Hidalgo, SL, celebrada el mismo día veintitrés de junio de mil novecientos noventa y siete, se modificaron los estatutos de la sociedad y, entre otros, el *artículo 19, conforme al que la administración correspondía a un consejo de administración de cinco miembros, los consejeros debían ejercer " su cargo durante un plazo de cinco años, pudiendo ser reelegidos por periodos de igual duración máxima "*; además, se reconoció a " *las minorías sociales ... el derecho de agrupar sus participaciones para la elección de miembros del consejo...*", estableciéndose que, "para la efectividad de este derecho de agrupación, bastará con que los socios que se propongan ejercitarlo lo notifiquen por cualquier medio al secretario del consejo de administración, con cinco días de antelación a la celebración de la junta general de que se trate....", y que "la vacante por muerte, declaración de fallecimiento o ausencia legal, renuncia, separación, revocación, cese o, en general, por cualquier otra causa, de algunos o de todos los consejeros nombrados por minorías agrupadas, será cubierta por la misma minoría que hubiere designado al saliente o salientes, sin que en ningún caso la mayoría social pueda proveer esas vacantes"; que, en junta de socios de veintiséis de junio de dos mil, el grupo mayoritario cesó al consejero del grupo minoritario don Braulio , por haberse aprobado ejercitar contra él una acción social de responsabilidad - la cual nunca llegó a ejercitarse -; y que, en la junta general de socios de veintidós de diciembre de dos mil, en cuyo orden del día se incluía el "nombramiento de consejero para cubrir vacante", el grupo mayoritario nombró un nuevo consejero, cuando hacerlo correspondía al grupo minoritario según los estatutos.

Con esos antecedentes y con invocación de los *artículos 128 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 62 de la de Sociedad de Responsabilidad Limitada*, pretendió en el suplico de la demanda ".... se dicte sentencia en su día en la que, con estimación de la demanda, se efectúen los siguientes pronunciamientos: 1º.- Con carácter principal, se declare la nulidad radical del acuerdo de nombramiento de consejero en la persona de don Juan Luis , adoptado en la Junta General de la sociedad demandada que tuvo lugar el día 22 de diciembre de 2000 y de cuantos actos traigan causa de ese nombramiento, por las razones expuestas en el cuerpo de este escrito de demanda.- 2º.- Con carácter subsidiario del pronunciamiento anterior, se declare la ineficacia del acuerdo de nombramiento de Consejero en la persona de don Juan Luis , adoptado en la Junta General de la sociedad demandada que tuvo lugar el día 22 de diciembre de 2.000 y de cuantos actos traigan causa de ese nombramiento, por vulneración de los dispuestos en el *artículo 19.2 de los Estatutos sociales*.- 3º .- En todo caso, se declare que el cargo de Secretario del Consejo de Administración de la sociedad debe recaer en alguno de los Consejeros designados por la minoría social.- 4º.- Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones.- 5º.- Se condene expresamente en costas a la parte demandada".

SEGUNDO. La demanda se turnó al Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Arona, que la admitió a trámite y mandó emplazar a la sociedad demandada, la cual se personó en las actuaciones, representada por el Procurador de los Tribunales doña Juana Martínez Ibañez y contestó la demanda, con el suplico siguiente: "...1º) Se inadmita la pretensión formulada en el apartado 3º del suplico del escrito de demanda.- 2º) Se desestimen, en su totalidad, las pretensiones deducidas en el escrito de demanda, absolviendo a la demandada respecto a las mismas.- 3º) Se declare la nulidad de pleno Derecho del *artículo 19.2 de los Estatutos sociales de la entidad Turística Konrad Hidalgo, SL*, conforme a la redacción operada de los mismos según modificación estatutaria aprobada por acuerdo de la Junta General de 23 de junio de 1.997, y se ordene la cancelación registral parcial, en cuanto a dicho *precepto, del asiento registral correspondiente*.- 4º .- Se condene en costas a la parte demandante".

TERCERO. Por providencia de veintisiete de diciembre de dos mil uno, el Juzgado de Primera Instancia decidió dar traslado a los demandantes del escrito de contestación de la demandada, a los efectos del *artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y, por auto de trece de abril de dos mil tres dispuso " Se acuerda la continuación del presente procedimiento fijándose como objeto del mismo las acciones ejercitadas por la parte actora y teniéndose por solicitada la declaración de nulidad del *artículo 19.2 de los*

Estatutos Sociales de la entidad Turística Konrad Hidalgo, SL fijándose para la continuación de la Audiencia Previa el día 29 de mayo de 2.003 a las 10,30 horas en la Sala de audiencia de este Juzgado".

Los demandantes alegaron en respuesta al referido escrito " tener por evacuado el traslado conferido por la providencia de 22 de junio pasado y por contestada la alegación de nulidad deducida en el escrito de contestación a la demanda, recogiendo en la sentencia que en su día se dicte, los siguientes pronunciamientos: 1º.- Con carácter principal, se desestime la alegación de nulidad por las razones expuestas en el cuerpo del presente escrito.- 2º.- Con carácter subsidiario del pronunciamiento anterior, se declare que la modificación o supresión del *artículo 19.2* de los Estatutos de Turística Konrad-Hidalgo, SL no altera la ilegalidad de los acuerdos impugnados, conforme al *artículo 20 del Código de Comercio*.- 3º.- Para el caso de que se estimase la nulidad del *artículo 19.2* de los estatutos de la sociedad demandada, se declare el derecho de los socios minoritarios a separarse de la sociedad, conforme al régimen establecido en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada".

CUARTO. Las partes litigantes asistieron a la audiencia previa, en la que solicitaron el recibimiento del pleito a prueba y propusieron la que debía practicarse, que fue admitida y practicada.

QUINTO. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha de once de septiembre de dos mil tres , con la siguiente parte dispositiva: " Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don buenaventura Alfonso González en nombre y representación de don Jesús don Braulio , doña Fátima ; contra Turística Konrad-Hidalgo, SL, en impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General el día 22 de diciembre de 2.000, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de los pedimentos formulados en su contra.- Que DEBO DECLARAR Y DECLARO la NULIDAD del *artículo 19.2* de los estatutos de la entidad TURISTICA KONRAD-HIDALGO, SL, invocada por la sociedad demandada, ordenándose la cancelación registral parcial, en cuanto a dicho precepto, del asiento registral correspondiente y todo ello con expresa imposición de costas a los actores".

SEXTO. La sentencia de la primera instancia fue apelada por los demandantes. El recurso se admitió y los autos fueron elevados la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en la que se turnaron a la Sección Cuatro de la misma, la cual, cumplido el trámite, señaló para la votación y fallo el día veintiuno de enero de dos mil tres y dictó sentencia con fecha de veintiséis de enero de dos mil cuatro , con la siguiente parte dispositiva: " Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Jesús , don Braulio y doña Fátima , confirmamos la Sentencia dictada en primera instancia, condenando a la parte apelante al pago de las costas del recurso".

SÉPTIMO. La representación procesal de los demandantes presentó el día dieciséis de marzo de dos mil cuatro escrito de interposición de recurso de casación, el cual se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que mandó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, por providencia de veintidós de marzo de dos mil cuatro.

El Procurador de los Tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de la sociedad demandada, como parte recurrida, presentó ante esta Sala Primera escrito de personación, con fecha de treinta de marzo de dos mil cuatro . También lo hizo, con fecha de diez de mayo del mismo año, la representación de don Jesús , don Braulio y doña Fátima , como parte recurrente.

Por auto de seis de noviembre de dos mil siete la Sala Primera del Tribunal Supremo acordó: "1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de los recurrentes, contra la sentencia dictada el veintiséis de enero de dos mil cuatro por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, rollo de apelación nº 690/03 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 200/01 seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia número Cuatro de Arona. Y 2º) Dar traslado a la parte recurrida para que formalizara oposición por escrito en el plazo de veinte días".

OCTAVO. El recurso de casación interpuesto por don Jesús , don Braulio y doña Fátima se compone de tres motivos, que se apoyan en el *artículo 477, apartado 2, ordinal 3º, y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

PRIMERO. Infracción de la jurisprudencia sentada por las sentencias de 24 de septiembre de 1.987 y 10 de febrero de 1.992 , en cuanto permiten oponer a la sociedad los pactos parasocietarios firmados por todos los socios y basar en ellos la impugnación de acuerdos, en relación con los *artículos 115.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas - RDL 1.564/1.989, de 22 de diciembre -*, al que se remite la *Ley 2/1.995, de 23 de marzo* , de sociedades de responsabilidad limitada.

SEGUNDO. Infracción de la jurisprudencia sentada por las sentencias de 17 de octubre de 1.987 y 4

de diciembre de 1.986 , en cuanto supeditan la declaración de nulidad parcial del negocio jurídico a que el mismo se hubiera concertado voluntariamente sin la parte nula, en relación con el *artículo 12.3 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada y la disposición transitoria primera de dicha Ley* .

TERCERO. Infracción de la jurisprudencia sentada por las sentencias de 20 de octubre de 1.998 y 20 de marzo de 1.982 , en cuanto establecen que las sentencias se han de dictar tomando en consideración la situación de hecho y de derecho existente al iniciarse el proceso, en relación con el *artículo 20 del Código de Comercio* .

NOVENO. Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de Turística Konrad Hidalgo, SL, lo impugnó, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

DÉCIMO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el diecisiete de febrero de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Ha sido desestimada en las dos instancias la acción de impugnación del acuerdo adoptado en junta general de socios de la demandada, Turística Konrad-Hidalgo, SL, por el cual la mayoría nombró a un consejero para cubrir una vacante producida en el órgano colegiado de administración que los demandantes entienden estaba reservada estatutariamente a la minoría.

Según el escrito de demanda la impugnación se basaba en tres infracciones: (1ª) la del *artículo 62.1 de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo* , de sociedades de responsabilidad limitada, que los actores pusieron en relación con el 128 del texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, *Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre* ; (2ª) la del *artículo 19* de los estatutos sociales, que regula el nombramiento de consejeros en caso de vacante; y (3ª) la de un convenio parasocial, expresión de la voluntad de todos los socios de que la administración de la sociedad se organizara conforme a un principio de cogestión relativa que diera intervención necesariamente a la minoría.

Se ha declarado en la instancia que eran titulares de todas las participaciones en que se dividía el capital de Turística Konrad- Hidalgo, SL los miembros de dos familias - Ignacio e Jesús - en una proporción desigual, que convirtió a los primeros en grupo mayoritario.

Con el fin de evitar conflictos, todos los socios, presentes o representados, perfeccionaron, el veintitrés de junio de mil novecientos noventa y siete, un convenio al margen de los órganos sociales que provocó las correspondientes modificaciones estatutarias. Se inspiró el mismo en el compromiso de "actuar en todo momento en beneficio de la sociedad" y conforme "a los principios de cogestión, lealtad y buena fe...".

En ejecución de dicho pacto, Turística Konrad Hidalgo, SL modificó, entre otros, el *artículo 19* de sus estatutos. Según dicha norma (a) la administración de la sociedad correspondía a un consejo de cinco miembros, (b) el plazo de ejercicio del cargo de consejero era "de cinco años", con posibilidad de reelección "por periodos de igual duración máxima", (c) "las minorías sociales" tenían " *el derecho de agrupar sus participaciones para la elección de miembros del consejo...* ", (d) " *para la efectividad de este derecho de agrupación, bastará con que los socios que se propongan ejercitarlo lo notifiquen por cualquier medio al secretario del consejo de administración, con cinco días de antelación a la celebración de la junta general de que se trate...* " y (e) " *la vacante por muerte, declaración de fallecimiento o ausencia legal, renuncia, separación, revocación, cese o, en general, por cualquier otra causa, de algunos o de todos los consejeros nombrados por minorías agrupadas, será cubierta por la misma minoría que hubiere designado al saliente o salientes, sin que en ningún caso la mayoría social pueda proveer esas vacantes* ".

En junta de socios celebrada el veintiséis de junio de dos mil, la mayoría cesó a un consejero que había designado el grupo minoritario - don Braulio , uno de los demandantes -, por haber decidido la sociedad ejercitar contra él una acción de responsabilidad.

En la junta general de veintidós de diciembre de dos mil, la mayoría nombró un nuevo consejero, que los actores consideran correspondía designar al grupo minoritario, según los estatutos.

La demanda de impugnación de ese acuerdo de nombramiento fue desestimada en la primera

instancia por no haberse producido infracción de los *artículos 62 de la Ley 2/1.995 y 128 del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989* ; por no ser causa de anulación de un acuerdo social el incumplimiento de un pacto parasocietario; y por ser nulo el *artículo 19* de los estatutos - como había opuesto la sociedad demandada por medio de excepción -, al establecer un sistema de representación proporcional que el Juzgado entendió no permitía la *Ley 2/1.995* .

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestimó el recurso de apelación de los demandantes y añadió a los argumentos en que se basaba la decisión apelada - todos aceptados - el derivado de la comprobación de que los socios minoritarios no habían ejercitado, dentro del plazo señalado en los estatutos, el derecho de representación proporcional.

SEGUNDO. En el primer motivo del recurso se acusa la infracción de la jurisprudencia que, según los recurrentes, permite oponer a la sociedad los pactos parasociales y basar en su infracción la impugnación de los acuerdos adoptados por los órganos de aquella - citan en apoyo de esa alegación las sentencias de 24 de septiembre de 1.987 y 10 de febrero de 1.992 -.

El motivo se desestima.

Como hemos declaramos en la sentencia de fecha 2 de marzo de 2.009 los pactos parasociales, mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos, son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad - se refieren a ellos, entre otros, los *artículos 42.1.c) del Código de Comercio, 7.1 del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre, 11.2 de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, 60.1 .b) y ter, 112 y 116 de la Ley 24/1.988, de 28 de julio* , del mercado de valores -. La jurisprudencia los ha tomado en consideración como negocios jurídicos válidos, entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre de 1.961, 10 de noviembre de 1.962, 28 de septiembre de 1.965, 24 de septiembre de 1.987, 26 de febrero de 1.991, 10 de febrero de 1.992, 18 de marzo de 2.002, 19 de diciembre de 2.007 y 10 de diciembre de 2.008 .

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

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

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

Por otro lado, ninguna de las sentencias señaladas en el motivo ofrecen apoyo al mismo. La de 24 de septiembre de 1.987 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una sentencia que había anulado los acuerdos, pero lo hizo por la razón de ser éstos contrarios a los estatutos. Y la *ratio decidendi* de la sentencia de 10 de febrero de 1.992 no fue otra que la demostración de una lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de una o varios accionistas.

TERCERO. En el motivo segundo se denuncia la infracción de la jurisprudencia que condiciona la declaración de una nulidad parcial del negocio jurídico a la convicción de que el mismo también hubiera sido celebrado sin la parte declarada nula. Ponen los recurrentes esa doctrina en relación con el *artículo 12, apartado 3* , y la *disposición transitoria primera de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo* , de sociedades de responsabilidad limitada.

El motivo se proyecta, realmente, sobre la declaración de nulidad del *artículo 19* de los estatutos, que había opuesto como excepción la sociedad al contestar la demanda. En él pueden distinguirse dos partes. La segunda se refiere a la improcedencia de aplicar la doctrina de la nulidad parcial a los estatutos sociales - *non vitiatur utilis per inutile* -. Pero la primera lo hace a la de declarar nulo un precepto estatutario que

sanciona para una sociedad de responsabilidad limitada un sistema de representación proporcional, en el órgano colegiado de administración, similar al que para las sociedades anónimas establece el *artículo 137 del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989*. Por eso se remitieron los recurrentes al *artículo 12, apartado 3, de la Ley 2/1.995* - a cuyo tenor " *en la escritura se podrán incluir todos los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada* " - y lo pusieron en relación con la *disposición transitoria primera* de la misma - que manda aplicar sus preceptos a todas las sociedades del mismo tipo, cualquiera que hubiera sido la fecha de su constitución -. Y, por ello, alegaron, al argumentar el motivo, que " *una cosa es que no se reconozca ex lege el derecho de representación proporcional (en los términos en que lo hace la Ley de sociedades anónimas) y otra muy distinta que se excluya, bajo sanción de nulidad, el pacto por el que los socios... puedan configurar el modo de nombramiento de los consejeros en una compañía de tipo familiar* ".

CUARTO. La decisión del Juzgado de Primera Instancia de declarar nulo el *artículo 19* de los estatutos sociales y, por repercusión, válido el acuerdo de nombramiento del consejero por la mayoría - adoptado conforme a él -, se basó - con la aceptación de la Audiencia Provincial - en el *artículo 58.1 de la Ley 2/1.995* - que atribuye a la junta general, en exclusiva, " *la competencia para el nombramiento de los administradores* " -; en la ausencia en dicha Ley de una norma similar a la del *artículo 137 del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989*, para las sociedades anónimas - silencio explicado en la exposición de motivo con las palabras " *con todo, no se ha considerado conveniente reconocer a la minoría el derecho de representación proporcional en el órgano de administración colegiado, evitando así que el eventual conflicto entre socios o grupos de socios alcance a un órgano en el que, por estrictas razones de eficacia, es aconsejable cierto grado de homogeneidad* " -; y, finalmente, en el tenor del *artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil - Real Decreto 1.784/1.996, de 19 de julio* -, según el cual " *no se admitirá el nombramiento por cooptación ni por el sistema de representación proporcional* ".

Sin embargo, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial no han explicado suficientemente el paso dado desde la voluntad del legislador de no reconocer a la minoría el derecho de representación proporcional - por parecerle conveniente para evitar que los eventuales conflictos entre los socios repercutan en el funcionamiento del órgano de administración - hasta la nulidad del precepto estatutario, en el que quedó reflejada la voluntad de todos los interesados en que la minoría tuviera alguna representación en el consejo. No debe olvidarse que el *artículo 12.3 de la Ley 2/1.995* exigía averiguar si la regla estatutaria declarada nula - con la consecuencia de considerar válido el acuerdo contrario a ella - se opone o no a las leyes o es contraria a los principios que inspiran la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada.

En todo caso, los argumentos en que se basa la decisión recurrida carecen de entidad para ser decisivos.

El silencio de la *Ley 2/1.995* - y la exclusiva referencia a las acciones contenida en el *Real Decreto 823/1.991, de 17 de mayo* - no tiene el significado de una prohibición aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada.

El sistema proporcional en la designación de los miembros del órgano colegiado de administración no priva a la junta general de la competencia que el *artículo 58.1 de la Ley 2/1.995* le atribuye para el nombramiento.

Tampoco resulta contrario al principio de igualdad de los derechos vinculados a las participaciones - *artículo 5.1 de la misma Ley* -, dada la desigualdad de la que, de hecho, parten las minorías en la designación de los consejeros.

La rotundidad del *artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil* no puede ser determinante dado el rango que la norma ocupa en nuestro ordenamiento, regido por el principio de jerarquía normativa - *artículos 9, apartado 3, de la Constitución Española y 1, apartado 2, del Código Civil* -. Además, dicha norma es interpretada por la Dirección General de los Registros y del Notariado como meramente excluyente de la aplicación supletoria del régimen de representación proporcional propio de las sociedades de responsabilidad anónimas - resoluciones de 17 de marzo de 1.995 y 11 de octubre de 2.008 -.

De otro lado, ha de tenerse en cuenta que la regulación de este tipo de sociedad está inspirado en las ideas de flexibilidad - como se afirma en la exposición de motivos de la *Ley 2/1.995*, " *a fin de que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias* " - y de protección de la minoría, que - como se señala en la misma exposición de motivos - carece de la más eficaz medida de defensa, consistente en " *la posibilidad*

de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación del socio ".

Por lo demás, sería paradójico que el deseo del legislador de evitar " *el eventual conflicto entre socios o grupos de socios alcance a un órgano en el que, por estrictas razones de eficacia, es aconsejable cierto grado de homogeneidad "*, inspirase la declaración de nulidad de un precepto estatutario que los socios, puestos todos de acuerdo - fuera y dentro de los órganos sociales -, pactaron como la mejor solución para evitar los conflictos entre ellos.

En conclusión, puesto que el precepto estatutario no contiene ninguna otra regla que se pueda considerar incompatible con la ley o los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada, procede la estimación del motivo, si bien no con la extensión pretendida por los recurrentes, por las razones que se exponen seguidamente.

CUARTO. El artículo 19 de los estatutos de Turística Konrad-Hidalgo, SL establece que, " *para la efectividad de este derecho de agrupación, bastará con que los socios que se propongan ejercitarlo lo notifiquen por cualquier medio al secretario del consejo de administración, con cinco días de antelación a la celebración de la junta general de que se trate... "*.

El referido precepto estatutario fue tomado en consideración por el Tribunal de la segunda instancia para declarar - fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida -, a mayor abundamiento, que " *los socios que representaban a la minoría, debidamente convocados a la junta, no ejercitaron antes de su celebración su derecho de representación proporcional en la forma que viene regulado en el precepto estatutario... (el cual) no puede abarcar los casos en que ésta (la minoría) no ejerza tal derecho "*.

Tal afirmación - que, por su contenido fundamentalmente fáctico, debe ser mantenida en casación - sirvió a la Audiencia Provincial como base de un segundo argumento para la desestimación de la impugnación del nombramiento del consejero por la mayoría: el mismo no fue opuesto a los estatutos, sino, como consecuencia de la falta de ejercicio del derecho reconocido a la minoría, conforme a sus disposiciones.

Dicho argumento debe ser también mantenido por su solidez jurídica.

En conclusión, procede que estimemos el motivo sólo en cuanto a la declaración de la nulidad de la regla estatutaria - con la que, además, se dio respuesta excesiva a la excepción que había planteado la demandada -.

QUINTO. La sociedad recurrida hizo uso de la facultad de alegar en el escrito de oposición las causas de inadmisibilidad del recurso que considera concurrentes.

En primer término se refiere a otro recurso no admitido del que destaca la identidad con el que ahora se resuelve.

La identificación no es correcta en cuanto al segundo de los motivos de uno y otro.

Por otro lado, no concurre aquí la *ratio* del auto de inadmisión invocado como precedente, esto es, haber citado los recurrentes una norma infringida puramente instrumental.

Las demás razones de la oposición deben correr la misma suerte, ya que el control de las cuestiones planteadas excede del ámbito propio de la admisión del recurso, en términos de la sentencia de 10 de diciembre de 2.008 .

SEXTO. En cuanto a las costas, procede que, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , mantengamos el pronunciamiento de condena de los demandantes a pagar las causadas en la primera instancia. Y, en cuanto a las generadas con los recursos de apelación y casación, que declaremos no haber lugar a condenar a su pago a los respectivos recurrentes.

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

FALLAMOS

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Jesús , don Braulio y doña Fátima contra la sentencia dictada el veintiséis de enero de dos mil cuatro por la Sección Cuarta de la Audiencia

Provincial de Santa Cruz de Tenerife, la cual casamos y anulamos en la parte que declara la nulidad del *artículo diecinueve, apartado segundo*, de los estatutos de la sociedad demandada.

Mantenemos la desestimación de la demanda y el pronunciamiento de condena de los demandantes al pago de las costas de la primera instancia.

Sobre las costas de los recursos de apelación y casación no condenamos a los recurrentes a pagar las costas respectivas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- **Juan Antonio Xiol Ríos.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesús Corbal Fernández.-José Ramón Ferrándiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-José Almagro Nosete.-Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel**, 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.