

Desarrollo del Derecho de Sociedades en la UE

Altre lloc Blogs.uab.cat

SSTS 609/2014, DE 11.11.2014 Y 608/2014, DE 12.11.2014: ACS V. IBERDROLA

Posted on **20 de febrero de 2015** por **Carles Górriz López**

1. A mediados de noviembre de 2014 el Tribunal Supremo dictaba dos sentencias que ponían fin al litigio entre Iberdrola y ACS. Como es sabido, la controversia se inició en la junta general de la primera que tuvo lugar el 26.5.2010. A ella asistió el 82,34% del capital social, el 28,97% presente y el 53,38% representado. Entre el primero se hallaba Residencial Monte Carmelo SA, que detentaba un 6,194% del capital social. Esta sociedad pertenece al grupo empresarial de ACS, que poseía el 19,026% del capital social de la eléctrica en la fecha de la junta. Residencial Monte Carmelo nombró un consejero y su suplente en virtud del sistema de representación proporcional. Acto seguido, en la misma junta y antes que los designados aceptaran el nombramiento, fueron cesados con el argumento de que ACS competía con Iberdrola. Además se redujo el número de miembros del Consejo de 15 a 14, con lo que se impedía que la constructora pudiera acudir de nuevo al expediente de la representación proporcional con el porcentaje del capital social que en aquel momento tenía. Residencial Monte Carmelo interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao que fue desestimada en sentencia de 411/2010, de 26.1.2011. La Audiencia Provincial (sentencia 22/2012, de 20.1.2012) y el Tribunal Supremo (sentencia 609/2014, de 11.11.2014) confirmaron el fallo de la primera instancia.

La batalla entre las dos mercantiles se reprodujo un año más tarde cuando en la junta de 27.5.2011 se aprobó la modificación de los estatutos de Iberdrola en materia de derecho de información, facultades del presidente de la junta respecto de la suspensión o limitación del derecho de voto, prohibición de la cesión onerosa del derecho de voto y prohibición de su ejercicio en caso de conflicto de intereses. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao la desestimó en la sentencia 5/2012, de 10.1.2012. Pero la Audiencia Provincial de Bizkazia estimó en parte el recurso de apelación (sentencia 2974/2012, de 28.12.2012) y lo mismo hizo el Tribunal Supremo (sentencia 608/2014, de 12.11.2014) en casación. Referimos los temas más significativos de estos dos procesos.

2. El primero de ellos es el cese de los miembros del consejo de administración nombrados mediante el sistema de representación proporcional por un competidor. Plantea varias cuestiones, la primera de las cuales es si, en el caso concreto, estaba justificado. Las tres instancias judiciales respondieron afirmativamente en base al art. 132.2 LSA (actual art. 224.2 LSC). La razón es que la prueba pericial evidenció que Iberdrola y ACS eran competidores en los sectores de energías renovables e ingeniería industrial; sectores estratégicos para la primera. Además, mantenían intereses económicos contrapuestos en otras áreas de negocio; en particular, en el desarrollo del coche eléctrico, en servicios de ahorro energético y en relaciones comerciales como cliente/proveedor.

Existe otra cuestión más interesante desde el punto de vista teórico y es si era necesaria esa justificación. La razón es que el art. 223.1 LSC (antiguo art. 131 LSA) no exige causa alguna para destituir a los administradores. No establece distinción alguna en función del nombramiento, por lo que parece aplicable también a designados por el sistema de representación proporcional. Sin embargo esa interpretación pone en tela de juicio la eficacia de esta institución, pensada para tutelar a los accionistas minoritarios. De ahí que pueda mantenerse la necesidad de justa causa para cesar a los consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional.

La posible dualidad de interpretaciones aparece representada en las sentencias de las dos primeras instancias. En efecto, el Juzgado de lo Mercantil afirmó que no era necesaria justa causa pues el art. 131 LSA también se aplicaba a los consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional. Y el expediente del fraude de ley (art. 6.4 Cc) permitía corregir todos los abusos en que pudiera incurrir la mayoría. La Audiencia Provincial se manifestó en sentido opuesto. Mantuvo la necesidad de justa causa para cesar al consejero nombrado por el sistema de representación proporcional. Apoya esa decisión en la SAP Barcelona 14.12.2005 (522/2005) y en dos argumentos. De un lado, la diferencia entre el art. 131 y el 132 LSA. El primero configura la separación ad nutum como una facultad de la junta general. El segundo no es un derecho potestativo sino un medio de defensa del interés social. De otro, no es obligatoria cesar al consejero con intereses contrapuestos; se trata de una decisión que se deja a la apreciación de la junta general. Desafortunadamente el Tribunal Supremo no zanja la cuestión. Pero cabe recordar que en dos sentencias anteriores se había pronunciado a favor de la aplicación del art. 131 LSA. Es decir, considera que no es necesario que concurra justa causa para poder cesar a miembros del consejo nombrados mediante el instituto del sistema de representación proporcional. Se trata de las sentencias 653/2008, de 2.7.2008 y 830/2011, de 24.11.2011.

3. Otra cuestión relacionada con el cese de los consejeros nombrados por Residencial Monte Carmelo era el origen de la propuesta. Aunque el art. 132.2 LSA (224.2 LSC) lo refería a cualquier socio, el Juzgado de lo Mercantil y la Audiencia Provincial desestimaron esa alegación al concurrir el requisito esencial en el acuerdo: fue adoptado por la junta general con la mayoría legalmente establecida. Lo mismo sucedió con la objeción de que se acordó el cese antes de que las personas propuestas hubieran aceptado el cargo. De nuevo el Juzgado de lo Mercantil y la

Audiencia Provincial desestimaron la petición. El primero argumentó que no constaba que no tuvieran intención de aceptar el cargo. La segunda alegó que "...el nombramiento realizado ex artículo 137 de la LSA conlleva la previa aceptación de los nombrados y toda vez que el art. 131 de la LSA admite que la separación de los administradores pueda ser acordada en cualquier momento".

4. En cuanto al segundo proceso, Residencial Monte Carmelo impugnó, en primer lugar, la modificación de los estatutos que afectaba al derecho de información. Era producto de la revisión de los artículos 20.3, 9.3.c) y 28.2.c). La versión original del primero permitía denegar la información en los casos en que resultaba "legalmente improcedente" otorgarla. Se sustituyó por "salvo en los casos en que resulte improcedente o inoportuna". El artículo 9.3.c) posibilitaba rechazar la petición cuando sea "improcedente, inoportuna o innecesaria para formar opinión sobre las cuestiones sometidas a la junta general de accionistas o, por cualquier otra causa, merezca la consideración de abusiva o contraria al principio de igualdad de trato y a los derechos o intereses de otros accionistas". En el mismo sentido se transformó el art. 28.2.c) que permitía denegar la información cuando "...sea innecesaria para formar opinión sobre las cuestiones sometidas a la junta general de accionistas o, por cualquier causa, merezca la consideración de abusiva".

El Juzgado de lo Mercantil estimó que los cambios eran lícitos puesto que la Ley preveía excepciones al derecho de información y otorgaba la decisión al presidente de la junta general. La Audiencia Provincial confirmó esa decisión salvo la posibilidad de oponerse a la petición cuando la información no fuera necesaria para formar opinión sobre las cuestiones sometidas a la junta general o era contraria al principio de igualdad de trato. El Tribunal Supremo va más allá y anula todas las modificaciones en esta materia. Recuerda que se trata de un derecho consustancial a la condición de socio, legalmente delimitado, irrenunciable, autónomo y con un régimen legal imperativo, aunque los estatutos pueden establecer una regulación más favorable al socio. No considera admisible que se restrinja el derecho de información más allá de las previsiones legales. Y repite que corresponde al socio, y no al presidente de la junta, enjuiciar la pertinencia u oportunidad de solicitar información. Asimismo subraya que se ha otorgado excesiva discrecionalidad a los administradores y al presidente de la junta general para denegar la información solicitada.

5. También se discutió la facultad del presidente de la junta general de suspender o limitar el derecho de voto. Estaba prevista en el art. 27 de los estatutos, que se había revisado para otorgar al presidente de la junta, entre otras funciones, la de "...resolver sobre la suspensión o limitación de los derechos políticos y, en particular, el derecho de voto de las acciones de acuerdo con la ley y el sistema de gobierno corporativo de la sociedad".

El Juzgado de lo Mercantil y la Audiencia Provincial consideraron que era lícita en virtud del principio de autonomía de la voluntad. El Tribunal Supremo acoge el recurso respecto del "sistema de gobierno corporativo". Acepta que se pueda confiar al presidente de la junta general la decisión sobre la suspensión o limitación de los derechos políticos. Pero afirma que la vulneración de las normas de gobierno corporativo no constituye justificación suficiente.

6. Mayor controversia generó la posibilidad de delegar el derecho de voto. En la junta de 27.5.2011 se modificó el art. 29.2 para prohibir su cesión onerosa. El artículo rezaba: "el derecho de voto no podrá ser cedido, ni siquiera a través de la delegación de la representación, a cambio de ningún tipo de contraprestación o ventaja patrimonial". El Juzgado de lo Mercantil y la Audiencia Provincial se manifestaron a favor de su licitud. La razón principal era que la cesión onerosa de votos no puede considerarse legal pues vulnera la esencia de las sociedades anónima al escindir la titularidad de la acción y la del voto.

El Tribunal Supremo mantiene la solución opuesta. Parte de que la cesión onerosa del derecho de voto no está prohibida por la Ley ni es contraria a los principios configuradores de las sociedades de capital pues representa un modo de ejercitar la titularidad de las acciones o participaciones. Consecuentemente afirma que los estatutos modificados estaban introduciendo una restricción no amparada por la Ley. Refuerza su posición con el art. 522.1 LSC que prohíbe las cláusulas estatutarias que limiten el derecho del accionista a hacerse representar en junta. Aunque este precepto no estaba en vigor en la fecha de la junta, deviene aplicable al caso debido a la necesidad de interpretar el Derecho vigente a la luz de las Directivas europeas. Y este precepto traía causa de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

7. También se discutió la posibilidad de prohibir el voto en caso de conflicto de intereses. La versión original del art. 30.1 de los estatutos ya contemplaba esa posibilidad, pero se revisó su decisión en la junta controvertida para ampliar los supuestos de conflicto de intereses. El Juzgado de lo Mercantil consideró el cambio ajustado a Derecho. Alegó que la Ley no prohibía que los estatutos de una SA impidieran votar en caso de conflicto de intereses y que los supuestos introducidos podían reconducirse a esa fórmula general. La Audiencia Provincial compartió esa premisa, mas afirmó que se habían introducido cláusulas genéricas, indeterminadas e imprecisas que otorgaban demasiada discrecionalidad en la decisión. Consecuentemente exigió que se eliminaran de los estatutos las cláusulas: "los accionistas que se hallen en, conflicto de interés" y "...en general, los accionistas meramente formales y aparentes, que carezcan de un interés real y efectivo y no actúen de forma plenamente transparente frente a la sociedad". El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida en este extremo.

Interesa añadir que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo regula este aspecto. En efecto, ha revisado el art. 190 LSC que se aplica a todas las sociedades de capital. Prohíbe ejercitar el derecho de voto en los supuestos de conflicto de intereses referidos en el precepto.

8. El último extremo controvertido fue la mayoría con que se habían aprobado determinados acuerdos. Los estatutos prohibían a los socios ejercer derechos de voto por encima del 10% del capital social y exigían el voto favorable de las tres cuartas partes del mismo para aprobar determinados extremos. Residencial Monte Carmelo se había visto afectada por el primer límite. Los acuerdos impugnados se habían aprobado con el voto favorable de 3.458.926.435 acciones, respecto de un total de 4.794.218.771 acciones presentes o representadas. Residencial Monte Carmelo alegó que no se había alcanzado el 75% que exigía el art. 56 de los estatutos pues consideraba que las acciones privadas de voto debían incluirse a efectos de calcular ese porcentaje. En ese caso, sólo había votado a favor el 72,148%.



El Juzgado de lo Mercantil y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda en este punto al apreciar que las acciones privadas de voto no debían computarse a efectos de establecer la mayoría. En palabras de la última: “carecería de sentido establecer por vía estatutaria una limitación sobre el máximo de votos que puede emitir cada accionista individual o grupo de accionistas si el capital que representan, las acciones a las que se ha privado del derecho de voto por exceso se tomase en consideración en el cómputo de las mayorías, pues ello supondría equiparar el voto no emitido al voto en contra. Pero es que además la LSC (vid. arts. 83 y 190 LSC) dispone la deducción del capital que representan las acciones a las que se ha privado del derecho de voto en el cómputo de mayorías”. La cuestión no se planteó en casación.

9. Dos consideraciones para concluir. La primera es que el resultado de los procesos es favorable a Iberdrola. Es cierto que la sentencia 608/2014 estima en su gran mayoría las peticiones de ACS y anula diversas modificaciones estatutarias que le perjudicaban. Sin embargo, la sentencia 609/2014 le veta el acceso al consejo de administración de la eléctrica. Y esa pudiera ser una de las razones –junto a su elevada deuda, según informa la prensa- de la desinversión de ACS en Iberdrola acometida a principios de 2015. La segunda consideración es la celeridad de los dos procesos, pues se han resuelto en un poco más de cuatro años y medio –tres años y medio el segundo-. La primera junta controvertida se celebró a finales de mayo de 2010 y la segunda un año más tarde. Las dos sentencias del Tribunal Supremo se dictaron a mediados de noviembre de 2014.

Carlos Górriz López

Esta entrada fue publicada en [General](#) y etiquetada [conflicto de intereses](#), [consejo de administración](#), [delegación de voto](#), [derecho de información](#), [representación proporcional](#) por [Carles Górriz López](#). Guarda [enlace permanente](#) [<https://blogs.uab.cat/sociedadesue/2015/02/20/ssts-6092014-de-11-11-2014-y-6082014-de-12-11-2014-acs-v-iberdrola/>]



Acerca de Carles Górriz López

Professor Titular de Dret Mercantil. Aficionat al cine, a la literatura i a fer esport.

[Ver todas las entradas por Carles Górriz López →](#)