

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 44 (2021-2022), páxs. 357-
ISSN: 1130-2682

IMPUGNACIÓN DE ACORDOS CONTRARIOS Á ORDE
PÚBLICA E A UN PACTO DE SOCIOS (ANOTACIÓN
Á SENTENZA DE 28 DE OUTUBRO DE 2021 DA
AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA)

*THE CHALLENGING OF SOCIAL AGREEMENTS CONTRARY
TO PUBLIC ORDER AND A SHAREHOLDER'S AGREEMENT
(A BRIEF COMMENT TO THE JUDGMENT OF THE
PROVINCIAL HEARING OF MURCIA, OCTOBER 28, 2021)*

JULIO COSTAS COMESAÑA*

* Catedrático de Dereito Mercantil. Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: jcostas@uvigo.gal

I ANTECEDENTES E FEITOS RELEVANTES

A este litixio resúltalle de aplicación a Lei 8/2006, de 16 de novembro, de Sociedades Cooperativas da Rexión de Murcia (LSCRM, en adiante). O preito que resolve a sentenza do 28 de outubro de 2021, da Sección 4ª da Audiencia Provincial de Murcia (ECLI:ES:APMU:2021:2476), tivo o seu inicio na demanda presentada por unha socia fronte a súa cooperativa de traballo asociado (Bluready S. Coop., creada en marzo de 2015 e composta pola actora e outros dous socios), na que se exercita a acción de impugnación de varios acordos sociais adoptados nas asembleas xerais extraordinarias celebradas os días 22 de xuño e 2 de novembro de 2015, que eran as primeiras celebradas pola cooperativa trala súa constitución.

En concreto, na asemblea do 22 de xuño adoptáronse os acordos seguintes: (a) no relativo á oficina: seguir na sede Byprox Development SL e compartir a metade dos gastos relacionados con ela e a súas instalacións; (b)) no relativo ás funcións da actora como interventora da cooperativa: a súa suspensión e contratación dun letrado para iniciar un proceso sancionador; (c) no relativo ao informe sobre o estado das contas: a súa aprobación e “tómanse como válidas as compras realizadas desde ambas contas”; (d) No apartado de rogos e preguntas, faise un recordatorio do horario e condicións de traballo estipuladas. Na posterior asemblea do 2 novembro adoptáronse os acordos que sigue: (a) aprobación da acta da asemblea anterior; (b) no relativo á exposición do estado das contas: acórdase validar unha serie de pagos e transferencias, excepto outros; (c) polo que fai ao premio outorgado polo Concello de Murcia: acórdase anular unha conta bancaria, informar ao Concello sobre unha incidencia no cobro e a persoación da cooperativa na causa penal contra a socia actora pola súa apropiación; (d) en relación cos anticipos sociais: acórdase fixar para o ano 2015 a suma de 648,60€/mes, con postergación da súa percepción; (e) en relación co recordatorio do horario de traballo e limitacións: acórdase o mantemento, con dúas modificacións puntuais; (f) en relación co recurso da actora fronte ao acordo de expulsión acórdase rexeitalo e confirmar a súa expulsión; (g) nomear a Florentino como interventor.

Na demanda a socia afirma que os acordos sociais adoptados en tais asembleas eran nulos por contrarios á Lei e prexudiciais para os seus intereses e para os intereses da cooperativa, mais non identifica que precepto ou preceptos da LSCRM resultan vulnerados polos acordos impugnados, afirmándose simplemente que supoñen a infracción do pacto de socios asinado o 1 de agosto de 2014 polos membros da cooperativa.

Mediante sentenza do 9 de marzo de 2020, o Xulgado do Mercantil nº 2 de Murcia desestimou integramente a demanda. No que atinxe aos acordos adopta-

dos pola cooperativa na asemblea do 22 de xuño, o xuíz estima a caducidade da acción, aínda que recoñece que presenta dúbidas a validez do acordo relativo á suspensión da demandante nas súas funcións de interventora da cooperativa, xa que na posterior asemblea do 2 de novembro procedeuse a acordar o cese da socia demandante como interventora, de xeito que se este acordo de cese fose válido tería como efecto a convalidación do previo acordo de suspensión das funcións como interventora, por aplicación do disposto no art. 47.7 da LSCRM: “Non procederá a impugnación cando o acordo quedara sen efecto ou fose substituído validamente por outro. De ser posible eliminar a causa de impugnación, o xuíz outorgará un prazo razoable para que aquela poida ser subsanada”. En canto aos acordos adoptados na asemblea do 2 de novembro, o xuíz estima: (a) que carece de competencia obxectiva para coñecer do acordo de expulsión como socia da demandante, por corresponderlle o seu coñecemento á xurisdición social, que xa resolveu; (b) que a acción de anulabilidade dos acordos impugnados está caducada, excepto respecto do acordo relativo ao nomeamento do novo interventor de contas, sen que se acredite na demanda en que lle resulta prexudicial á demandante; e (c) tampouco pode estimarse a acción de nulidade exercitada porque os distintos acordos impugnados: (i) non infrinxen ningunha norma legal, e (ii) o pacto de socios de 2014 non pode «erixirse en norma xurídica que permita a nulidade».

Fronte a esta sentenza de primeira instancia, a cooperativista demandante presentou recurso de apelación, no que, agora si, se invocan diversos preceptos legais infrinxidos, así como se alega (a) a non admisión polo xuíz do Mercantil de diversa proba proposta e a ausencia de valoración da proba aportada; (b) a improcedencia da caducidade; e (c) a nulidade de todos os acordos impugnados. A Cooperativa apelada, pola contra, solicitou no seu escrito de contestación a confirmación da sentenza apelada, poñendo de manifesto a extralimitación dos escrito de apelación, que considera é unha nova demanda.

2 DELIMITACIÓN DO OBXECTO DA APELACIÓN

A Audiencia Provincial (AP, en adiante) sinala que só poden ser obxecto de impugnación os acordos adoptados pola cooperativa nas asembleas do 22 de xuño e do 2 de novembro de 2015. As manifestacións realizadas polos socios e recollidas na acta da asemblea non son impugnables, polo que as alegacións realizadas na demanda -e no recurso de apelación- no referidas aos acordos adoptados son improcedentes.

Asemade, a AP lembra que, se ben o recurso de apelación abre unha segunda instancia, na que o tribunal ten as mesmas facultades que o xuíz de primeira instancia para realizar un novo exame completo da cuestión litixiosa, non obstante, en modo algún este recurso autoriza ás partes a modificar o obxecto do litixio fixado na primeira instancia (art. 412.1 da Lei de Axuizamento Civil; LAC, en

adiante). Por tanto, quedando fixados os feitos e a causa de pedir inexorablemente no preito resolto polo Xuíz do Mercantil, as pretensións presentadas ex novo no recurso de apelación teñen que ser rexeitadas de plano, entendendo a xurisprudencia como pretensións novas non só as que resulten totalmente independentes ás suscitadas ante o tribunal a quo, senón tamén as que supoñen calquera modo de alteración o complementación das mesmas». Así, pois, a AP acorda rexeitar as diversas infraccións legais alegadas no recurso de apelación e non identificadas na demanda, cuxo sustento esencial é a contravención polos acordos impugnados do pacto parasocial de 1 de agosto de 2014, asinado polos que despois foron socios da cooperativa, así como a propia invocación de que os acordos adoptados na asemblea de xuño de 2015 son contrarios á orde pública.

3 INFRACCIÓNS DE NORMAS E GARANTÍAS PROCESAIS SOBRE A ADMISIÓN DA PROBA E CADUCIDADE DA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

A AP rexeita estes dous motivos do recurso de apelación. Polo que atinxe a alegación relativa á infracción das normas e garantías procesuais na primeira instancia pola non admisión da proba pericial proposta, esta non pode prosperar porque, consonte ao art. 460.2 LAC, o mecanismo previsto para remediar a indebida denegación dunha proba na primeira instancia non é a nulidade das actuacións, con reposición das mesmas ao momento no que tivo lugar a indebida denegación da proba, senón a súa proposición como proba no recurso de apelación. A AP igualmente rexeita a queixa feita no recurso de apelación relativa a que non se tivo en conta a proba documental aportada, xa que no noso sistema procesual séguese o sistema de valoración conxunta de los distintos medios probatorios, de xeito que a non mención na sentenza dunha proba non é un erro que cause indefensión se o xuíz considera que non aporta nada relevante.

Polo que fai a caducidade da acción de impugnación dos acordos sociais, a AP lembra que o art. 47 da LSCRM dispón: «1. Poderán ser impugnados os acordos da Asemblea Xeral contrarios á Lei, aos Estatutos sociais ou que lesionen os intereses da sociedade cooperativa en beneficio dun ou varios socios, asociados ou, no seu caso, de terceiros. 2. Serán nulos os acordos contrarios á Lei. Os demais acordos aos que se refire o número anterior, serán anulables». Consonte aos números 3 e 4 do mesmo precepto legal, a acción de impugnación de acordos nulos caducará no prazo dun ano, con excepción dos acordos que, pola súa causa ou contido, resulten contrarios á orde pública. Pola contra, a acción de impugnación dos acordos anulables caducará no prazo de corenta días. En canto ao *dies a quo*, dispón o núm. 6 do precepto legal que os prazos de caducidade computaranse dende a data de adopción do acordo ou, se fose inscribible, dende a súa inscrición no Rexistro Sociedades Cooperativas da Rexión de Murcia.

Partindo deste marco legal, que se interpreta a luz da xurisprudencia existente en materia de impugnación de acordos sociais das sociedades de capitais, a AP considera que a acción para impugnar os acordos adoptados na asemblea do 22 de xuño está caducada, xa que: (i) o *dies a quo* non é o seu coñecemento pola socia (que se afirma tería sido o 18 de decembro de 2015), senón o día da súa adopción, xa que non se cuestiona que os acordos non fosen inscribibles, pois ningún deles ten por obxecto a aprobación das contas anuais. Como a demanda presentouse o 28 de xuño de 2016, transcorreu mais dun ano; (ii) a invocación de que os acordos son contrarios a la lei é inane, pois non altera o cómputo anual; (iii) a alegación de que non cabe apreciar a caducidade porque os acordos son contrarios á orde pública non se pode atender. En primeiro lugar, porque como xa se mencionou é unha cuestión *ex novo* prohibida polo art. 456 LAC, xa que na demanda non se menciona esta alegación. Pero, en segundo lugar, a maiores, a AP considera que non se acredita que os acordos impugnados violenten a orde pública consonte ten sido interpretada pola xurisprudencia do Tribunal Supremo. Esta cuestión será analizada con certo detemento *infra* no epígrafe seguinte.

A igual conclusión -de que a acción de impugnación está caducada- chega a AP en relación cos acordos adoptados na asemblea do 2 de novembro de 2015, pois trátase tamén de acordos non inscribibles, excepto o acordo de cese da actora como interventora da cooperativa. En relación con este acordo, o Xuíz do Mercantil sostivo que se este cese fose legal convalidaría o previo acordo de xuño por aplicación do art. 47.7 da LSCRM. A AP entende que esta cuestión non pode examinala porque non se ataca pola recorrente (art. 465 LAC). Mais incluso se se entendese que se trata dun acordo inscribible consonte ao Real decreto 136/2002, de 1 de febreiro, polo que se aproba o Regulamento do Rexistro de Sociedades Cooperativas), a AP entende que o acordo de suspensión das funcións de interventora no se pode considerar nin lesivo para a sociedade nin contrario a la lei cando non se identifica a norma vulnerada, e ademais consta que a socia actora foi condenada por un delito de apropiación indebida de diñeiro, relacionado cun premio concedido polo Concello de Murcia vinculado a un proxecto da cooperativa.

4 NULIDADE DOS ACORDOS CONTRARIOS Á ORDE PÚBLICA

Como se ten apreciado, a LSCRM distingue dúas categorías de acordos impugnables: os acordos contrarios á Lei que se consideran de nulos, e os demais acordos impugnables que se reputan anulables. Esta distinción complexa no plano doutrinal [BAENA BAENA, P.J. en PEINADO GRACIA, J.I., *Tratado de Derecho de Cooperativas*, T. I, Tirant lo Blanch, 2013, páx. 416] ten a súa orixe na Lei de Sociedades Anónimas, de onde pasou á lexislación de cooperativas [VARGAS VASSEROT, C.; GADEA SOLER, E.; SACRISTÁN REPRESEA, F., *Derecho de las sociedades cooperativas. Introducción, constitución, estatutos del socio y órganos sociales*, La Ley, 2014, páx. 326]. Non obstante, dende 2014, no ámbito das socie-

dades de capital non existe tal distinción unificándose o réxime de impugnación dos acordos da xunta xeral, nun intento de simplificar o réxime de impugnación e alcanzar un equilibrio entre os intereses da maioría e da minoría de socios que aporte seguridade no tráfico xurídico (art. 204 da Lei de Sociedades de Capital; LSC en adiante). Una opción, que polo de momento, segue a ser minoritaria dentro da lexislación de cooperativas, xa que só a Lei 11/2019, de 20 de decembro, de Cooperativas de Euskadi non recolle esa clásica distinción entre acordos nulos e anulables.

No ámbito das sociedades de capital o prazo de caducidade da acción de impugnación é único (art. 205 LSC: un ano), salvo que se trate de acordos que polas “súas circunstancias, causa ou contido” resulten contrarios á orde pública, en cuxo caso a acción non caduca nin prescribe. O art. 47.3 da LSCMR limita esta categoría de acordos impugnables aos que pola súa “causa ou contido”, resulten contrarios á orde pública.

En relación con esta causa de impugnación, *obiter dictum*, a AP considera que a socia actora non acreditou que os acordos obxecto de impugnación sexan contrarios á orde pública. Lembra a AP que consonte a doutrina do Tribunal Supremo relativa ás sociedades mercantís (ECLI:ES:TS:2010:2690) “O termo orde pública sóse empregar para designar o conxunto de principios ou directivas que, por conter os fundamentos xurídicos dunha determinada organización social, reflicten os valores que, en cada momento, informan a súas institucións xurídicas [...]. O artigo 116 utiliza o termo nun senso mais restrinxido e como un elemento diferenciador entre dúas categorías de normas positivas, tomando en consideración so principios xa incorporados a elas. Entre as normas que incorporan eses valores encóntranse aquelas que disciplinan aspectos esenciais do sistema societario [...]. As mesmas son reflexo, en efecto, de principios configuradores do tipo de sociedade mercantil de que se trata [...]. Compartimos con la SAP de Madrid de 12 de julio de 2019 que o alcance da orde pública ten que ser aprehendido en sentido estrico [...]. Non basta con que se produza a infracción dunha norma imperativa para que o acordo poida ser considerado contrario á orde pública, senón que, como indica a AP Madrid citada, “fai falla un plus, é dicir, que resulte non asumible que poida consolidarse dende o punto de vista dos principios mais esenciais que informan o ordenamento xurídico español”. E elo porque pola súa causa (motivo ao que responden e fin que perseguen), o seu contido (á vista do seu tenor e alcance) ou polas circunstancias da súa adopción, impliquen ou sirvan a actuacións delictivas, de simulación, fraudulentas ou vulneradoras dos dereitos fundamentais das persoas ou contraríen principios básicos informadores do ordenamento xurídico.”

Tomando en consideración esta doutrina, a AP conclúe en relación co caso litixioso que non son suficientes as meras manifestacións xenéricas de expropiación do dereito de propiedade sobre un desvío de negocio (da cooperativa cara a unha sociedade limitada na que eran socios os outros cooperativistas e non a actora),

que é alleo aos acordos impugnados. Tampouco son suficiente motivo as alegacións non referidas aos acordos senón ás manifestacións previas realizadas polos socios na asemblea (que non son impugnables). E menos aínda o son as presuntas infraccións legais cometidas ao amparo dun informe da Inspección de Traballo e Seguridade Social, en resposta a unha denuncia da actora, cuxa esfera de aplicación é distinta e que en todo caso versa sobre cuestións (levanza e dilixencia de libros, depósito das contas anuais, ausencia de rexistro de cese e nomeamento do interventor, etc.) que non son obxecto dos acordos impugnados.

En efecto, a doutrina española coincide en que o concepto de orde pública, en tanto que límite á autonomía da vontade e excepción a regra da caducidade da acción de impugnación, ten que ser obxecto de interpretación restritiva, identificando á orde pública cos principios configuradores da sociedade, que no ámbito das cooperativas comprendería os principios cooperativos e, probablemente, tamén os principios de orde pública-económica e os criterios imperantes da moral e as boas costumes [MORILLAS JARILLO, M^a.J. e FELIÚ REY, M.I., *Curso de Cooperativas*, 1^a ed., Tecnos, 2000, páx. 255].

5 NULIDADE DOS ACORDOS POR CONTRARIOS AO PACTO DE SOCIOS

A AP rexeita a impugnación dos acordos da asemblea do 2 de novembro de 2015 principalmente porque a maioría das razóns alegadas no recurso de apelación constitúen cuestión novas non mencionadas na demanda de primeira instancia. Así sucede coas alegacións relativas: (a) á “nulidade do estado das contas “; (b) ás medidas adoptadas pola cooperativa relativas ao premio outorgado polo Concello de Murcia; (c) aos anticipos societarios; (d) ao horario de traballo; (e) ao acordo de nomeamento dun novo interventor.

A socia recorrente tamén considera que este acordos eran nulos por contrarios ao pacto de socios previo á constitución da cooperativa. A AP considera que esta alegación tampouco pode ser admitida porque non ten sustento nin na Lei nin na doutrina xurisprudencial. Os pactos de socios non incorporados aos estatutos sociais, aínda que estean asinados por tódolos socios, están sometidos ao principio de relatividade dos contratos (art. 1257 do Código civil). Polo tanto, tendo a cooperativa personalidade propia e diferenciada da dos socios, e non sendo ela parte do pacto parasocial, non está vinculada polo mesmo, razón pola que a infracción do pacto por quen é parte do mesmo -emitindo o voto nun sentido contraio ao pactado- non é motivo para a impugnabilidade do acordo social adoptado. Neste senso, a AP cita a sentenza do Tribunal Supremo 120/2020, de 20 de febreiro: “Ante esta contradición, a xurisprudencia desta Sala ten vido sostendo que a mera infracción do convenio parasocial de que se trate non basta, por si soa, para a anulación do acordo impugnado (sentencia 138/2009, de 6 de marzo, e as alí citadas). Por elo cando se pretende impugnar un acordo social, adoptado pola xunta de

socios ou polo consello de administración, pola exclusiva razón de que é contrario ao establecido nun pacto parasocial, esta Sala desestimou a impugnación. Para estimar a impugnación requiriríase que concorrentemente a infracción do pacto parasocial fose acompañada simultaneamente dunha vulneración da Lei ou dos estatutos, o ben dunha lesión, en beneficio dun ou varios accionistas ou de terceiros, dos intereses da sociedade. [...] Fora de tais casos (infraccións ás exixencias da boa fe, abuso do dereito) a eficacia do pacto parasocial, perfectamente lícito, non se pode defender atacando a validez dos acordos sociais que resulten contradictorios cos mesmos, senón que ten que articularse tal defensa a través dunha reclamación entre os contratantes baseada na vinculación negocial existente entre os asinantes do pacto, pois este non ten efectos fronte á sociedade nin, por tanto, nin litixio de natureza societaria como é o de impugnación de acordos sociais”.

Nada dispón a LSCRM sobre os pactos reservados, parasociais ou extra-estatutarios, como si o fai a LSC no art. 29: “Os pactos que se manteñan reservados entre os socios non serán opositivos á sociedade”. A inexistencia dunha norma similar a esta non exclúe a súa validez no ámbito das sociedades cooperativas, pois nesta materia contractual rexe o principio da autonomía da vontade sen mais límite que o respecto á Lei, á moral e a orde pública” (art. 1255 Código Civil). Polo tanto, trátase de pactos que non teñen natureza societaria destinados establecer un vínculo estritamente obrigacional entre quen os asinan, de xeito que non son susceptibles de modificar o contido ou a eficacia dos estatutos sociais. Os pactos parasociales (pese á terminoloxía da LSC) poden ser reservados ou secretos (confidenciais) ou públicos; en ambos casos operan á marxe do contrato social [véxase na doutrina: SERRA CALLEJO, J., “Validez y eficacia de los pactos parasociales: un enfoque sistemático”, *Revista CEF Legal*, nº 249, 2021, pp. 5-46].

O carácter non opositivo dos pactos parasociais fronte a sociedade fundamentase na autonomía e independencia dos mesmos ante o contrato social, sendo unha consecuencia lóxica do principio xeral da relatividade dos contratos (art. 1257.1 Código Civil). Esta eficacia obrigatoria exclusivamente *inter partes* dos pactos parasociais determina que, con carácter xeral, non se poidan utilizar os instrumentos propios do Dereito de sociedades para reclamar ou forzar o seu cumprimento; por exemplo, mediante a impugnabilidade do acordo social adoptado en infracción dun previo pacto parasocial. Agora ben, esta doutrina -que é seguida pola AP de Murcia neste sentenza anotada- admite algunha matización no caso de pactos parasociais omnilaterales, isto é, acordos entre socios referidos á sociedade que non se incorporan aos estatutos sociais pero que están asinados por tódolos socios, como é o caso do pacto parasocial obxecto deste preito.

En relación con este tipo de pactos, parte da doutrina reconece plena eficacia societaria aos pactos parasociais adoptados por tódolos socios, se ben en ningún caso despregaran efectos fronte ás persoas alleas ao pacto. Ademais, os tribunais teñen defendido nalgunha ocasión que cabe a impugnación dos acordos sociais

adoptados con infracción dun pacto parasocial omnilateral con base na vulneración das exixencias da boa fe de conformidade co art. 7.1 do Código Civil e nun eventual abuso de dereito [entre outras: STS 1386/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1386]. En todo caso, para evitar problemas como o deste litixio, nada impide que a sociedade cooperativa poida ser parte do pacto parasocial coa finalidade de que o órgano de administración e, en esencia, a propia cooperativa quede vinculada por aquel, xa que, en tal caso, non cabería opor que se trate dun pacto reservado fronte a ela.

6 BIBLIOGRAFÍA E XURISPRUDENZA

BAENA BAENA, P. J. en PEINADO GRACIA, J. I., *Tratado de Derecho de Cooperativas*, T. I, Tirant lo Blanch, 2013.

MORILLAS JARILLO, M^a.J. e FELIÚ REY, M.I., *Curso de Cooperativas*, 1^a ed., Tecnos, 2000.

SERRA CALLEJO, J., “Validez y eficacia de los pactos parasociales: un enfoque sistemático”, *Revista CEFLegal*, n^o 249, 2021, pp. 5-46.

VARGAS VASSEROT, C.; GADEA SOLER, E.; SACRISTÁN REPRESEA, F., *Derecho de las sociedades cooperativas. Introducción, constitución, estatutos del socio y órganos sociales*, La Ley, 2014.

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala Civil, de 7 de abril de 2022;
ECLI:ES:TS:2022:1386

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de febreiro de 2020;
ECLI:ES:TS:2020:507

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala Civil, de 19 de abril de 2010;
ECLI:ES:TS:2010:2690

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de marzo de 2009;
ECLI:ES:TS:2009:941