

## 2. MERCANTIL

### *LOS PACTOS PARASOCIALES Y LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES POR SU INFRACCIÓN TRAS LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Doctor en Derecho*

*Abogado*

#### I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo ha vuelto a tener la oportunidad de volver a enjuiciar el delicado tema de la posible impugnación de acuerdos sociales por vulneración de un pacto parasocial.

Una primera lectura de estas recientes sentencias de nuestro más Alto Tribunal pudiera ofrecer la precipitada conclusión de que en las mismas se ofrece una tajante oposición a dicha posible impugnación, así como que el Tribunal Supremo debilita los acuerdos parasociales en relación con lo pactado por los socios en los correspondientes estatutos sociales. Sin embargo, en nuestra opinión, dicha conclusión no resulta acertada, pudiéndose adelantar respecto de la misma que no está basada en los hechos probados en las instancias que dieron lugar a dichas sentencias, así como que no componen la *ratio decidendi* de sus fallos, por lo que no puede extraerse de estas sentencias una doctrina jurisprudencial rotunda en cuanto a la imposibilidad de impugnar los acuerdos sociales por infracción de lo convenido en un pacto parasocial, sino que evidentemente, habrá que estar al caso concreto para poder enjuiciar con corrección dicha viabilidad o no, aunque sí es cierto que el Tribunal Supremo afirma en estas sentencias que la mera alegación de un pacto parasocial no puede servir como presupuesto para la impugnación de un acuerdo social, ello no significa, a nuestro entender, una conclusión doctrinal jurisprudencial al respecto en términos absolutos.

Es decir, las resoluciones jurisprudenciales a las que nos estamos refiriendo, a saber, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/17), la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/1633), la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/140200), y la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/140201), no conllevan, en nuestra opinión, una ruptura o quiebra de la doctrina jurisprudencial establecida, principalmente, en las clásicas resoluciones sobre la materia como son la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987/6194), y la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1204).

#### II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Estas sentencias del Tribunal Supremo de 2008 y de 2009 ofrecen un mínimo común denominador, consistente en que las mismas se refieren todas

a impugnaciones que realizan diferentes partes interesadas contra acuerdos sociales de empresas de lo que podríamos denominar, a estos efectos, Grupo Konrad, en base a unas alegadas infracciones de un mismo convenio parasocial que debería aplicarse a las sociedades del Grupo y suscrito el día 23 de junio de 1997 por los miembros de las dos familias en liza —presentes o representados—, configurándose un caso complejo por dicho motivo: caso Grupo Konrad vs. Varios.

El otro gran elemento común, lo ofrece el contenido de dicho pacto en el que 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», así como el controvertido modelo de artículo estatutario modificado como consecuencia de dicho pacto parasocial relativo a que el consejo de administración estaría compuesto por cinco miembros, requiriéndose para la válida adopción de los acuerdos, el voto favorable de cuatro de sus miembros y si no se llegaba a esa mayoría, bastaría en segunda convocatoria la mayoría de tres de sus miembros para la adopción del acuerdo social en cuestión.

Pues bien, con independencia del tratamiento de la cuestión específicamente controvertida en cada uno de los recursos de casación, al no ser éste el objeto del presente trabajo aunque no estén exentos de interés (por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/140201), se permite el sistema de representación proporcional en el órgano de administración de las sociedades limitadas, pese a la dicción literal del artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil) (1), la cuestión comúnmente controvertida y objeto de recurso fue si la adopción de dichos acuerdos sociales en segunda convocatoria por mayoría de tres de los miembros del órgano de administración resultaba válida o inválida, por vulneración o no de lo establecido en el convenio parasocial.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/17), el único motivo de casación se formalizó «...citándose como infringida la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987/6194) y 10 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1204), que permiten oponer a la sociedad los pactos parasocietarios firmados por socios como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales, en relación con el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (*RCL* 1989, 2737 y *RCL* 1990, 206), al que remite el artículo 56 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*RCL* 1995, 953).

El motivo carece de consistencia y no puede ser estimado por las siguientes razones:

*Un recurso de casación por interés casacional como el que es objeto de enjuiciamiento requiere para su prosperabilidad la concurrencia de dos requisitos: la existencia de una infracción legal y que la misma resulte de una oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Así resulta de los artículos 477.1; 2.3.º y 3 y 479.4 LEC (*RCL* 2000, 34, 962 y *RCL* 2001, 1892), y de la doctrina que mantiene esta Sala en la aplicación de la normativa casacional en los procesos seguidos por razón de la materia, como es el del caso de autos.*

(1) Vid. sobre este tema, con carácter general, Javier JUSTE, *Pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al Consejo*. Anuario Mercantil para abogados, 2009, los casos más relevantes de los grandes despachos. La Ley, pág. 417 y sigs., 2009.

Pues bien, en el supuesto que se examina, no concurre ninguno de los dos requisitos, porque aparte de que la que se cita como doctrina jurisprudencial no tiene tal carácter, tampoco hay la infracción legal, con independencia de que ésta, por sí sola, resultaría insuficiente en la perspectiva del recurso ejercitado.

El artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, de aplicación por remisión del artículo 70.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, establece que los acuerdos (del Consejo de Administración en el caso) podrán ser impugnados por ser 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, y sucede que la parte recurrente no cita ninguna norma legal como infringida, reconoce que no hay vulneración de los estatutos, y no alega (y en cualquier caso no prueba) que haya habido una lesión de la sociedad con beneficio de algunos socios o terceros.

La tesis del recurso es que la doctrina jurisprudencial permite impugnar un acuerdo societario (de la Junta o del Consejo de Administración) que es contrario a un pacto parasocial, al constituir una ilegalidad la vulneración de éste por ser de obligado cumplimiento para los socios y consejeros. Tal alegación carece de fundamento. La sentencia de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6194), que es una de las citadas en el recurso, estima la impugnación del acuerdo social por violación del artículo 14 de los Estatutos vigentes en la fecha que se adoptó el acuerdo, con independencia de que discorra acerca de los pactos existentes entre los socios al respecto de la legitimación de la impugnante y aplique la doctrina denominada del “levantamiento del velo”; y la sentencia de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992/1204), que es otra de las mencionadas por la parte recurrente, razona, frente al alegato del motivo, de que el abuso del derecho en que se funda la sentencia de apelación no se encuentra entre las posibles causas de impugnación de acuerdos sociales que prevé el artículo 67 LSA, de 17 de junio de 1951 SIC (RCL 1951, 811, 945) [del que es trasunto el actual 115 LSA 1989 (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206)], que, “la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho (subjetiva, de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria, y objetiva, de anormalidad en el ejercicio del mismo), que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida”.

Como es de ver, ninguna de las sentencias citadas mantiene la doctrina alegada, al referirse a causas de impugnación de las previstas en el actual 115.1 LSA, y no a un mero pacto extrasocietario.

Finalmente debe señalarse que el ordenamiento contractual no puede servir de norma “eludible o soslayable” a efectos de configurar un hipotético fraude de ley, como ya declaró esta Sala en sentencia de 3 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9190).

Así pues, de la sentencia anteriormente expuesta y a la luz de los hechos de la misma de los que hemos realizado abstracción con anterioridad, sólo puede extraerse que la simple vulneración de un pacto parasocial no es base suficiente para la impugnación de un acuerdo social, lo que en sede de principio y como afirmación general compartimos, sin perjuicio de las observaciones al respecto que con posterioridad realizaremos.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2009 (RJ 2009/1633), lo interesante, a nuestro juicio, de su razonamiento es lo siguiente:

«...Entrando por tanto a conocer del motivo, esto es, de si la sentencia recurrida se opone o no a la jurisprudencia de esta Sala sobre la vinculación de la sociedad a los llamados pactos o acuerdos parasociales, debe comenzarse por señalar que la verdadera doctrina contenida en las sentencias de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6194) y 10 de febrero de 1992, es decir, las dos citadas en el encabezamiento del motivo que sí guardan estrecha relación con la cuestión planteada, es que la contravención por los órganos sociales de unos pactos privados entre los socios, sobre todo si éstos son todos los socios, puede determinar la nulidad de lo acordado por resultar, en definitiva, contrario a la ley, a los estatutos o al interés social. De otro lado, algunas sentencias más recientes de esta Sala, como la de 3 de septiembre de 2007 (rec. 3222/00), sin versar realmente sobre la misma cuestión, ciertamente no desconocen la relevancia de lo que todos los socios de una determinada sociedad puedan acordar en documento privado, lo que desde luego no supone desconocer lo que con toda claridad establece el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 7 LSA (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206).

Sucede sin embargo que la sentencia recurrida no se opone a dicha doctrina jurisprudencial, pues toma en consideración el convenio de sindicación para decidir si su contravención podría suponer una infracción de la ley o los estatutos o una lesión al interés social, como claramente resulta de su fundamento jurídico cuarto, en el que incluso se hace una especial referencia a la sentencia de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992/1204) invocada por el recurrente.

A partir de lo antedicho se impone la desestimación del único motivo del recurso porque, amén de alterar la realidad dando a entender que el convenio de sindicación llegó a inscribirse en el Registro Mercantil cuando lo informado por el registrador en la fase probatoria del pleito fue precisamente todo lo contrario, el recurrente prescinde por completo de los atinados razonamientos del tribunal sentenciador, en primer lugar, sobre la plasmación de dicho convenio en los estatutos de la sociedad demandada, de suerte que el Consejo de Administración quedaba vinculado a partir de ahí no tanto al convenio como a los estatutos resultantes de la correspondiente modificación, y, en segundo lugar, sobre las diferencias que según la LSA hay entre los consejeros delegados y los apoderados de la sociedad, condición esta última predicable de aquellas personas naturales designadas por la sociedad para encarnar a ésta como consejera de otras sociedades.

Sobre lo primero, esta Sala no puede menos que compartir lo razonado por el tribunal sentenciador, pues fueron todos los socios firmantes del convenio de sindicación quienes, ese mismo día, celebraron Junta universal que trasladó su contenido a los estatutos en la forma y hasta el grado que todos los socios consideraron más conveniente, de suerte que la nulidad de los acuerdos del Consejo habría dejado de tener como punto de referencia el convenio de sindicación mismo para pasar a tenerlo en los estatutos, que ya previeron lo necesario sobre las mayorías precisas para los nombramientos de miembros del Consejo de Administración y consejeros delegados de un modo que se cumplieran los términos del convenio de sindicación».

Esto es, la totalidad de los socios de la sociedad firmantes del pacto de sindicación, con posterioridad celebraron junta general de la misma, trasladando el contenido del mismo (en cuanto al objeto de debate) a los estatutos sociales, por lo que a partir de ahí, la infracción supuestamente cometida lo sería de los propios estatutos sociales, a efectos de las causas de impugnación

de acuerdos del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, máxime si quedó probado en autos que ni siquiera fue alegada en la instancia la contravención del interés social, sólo la supuesta violación del pacto parasocial, por lo tanto, a juicio del Tribunal Supremo, la no viabilidad de la impugnación del acuerdo social no ha violado las sentencias del mismo (de 1987 y de 1992) citadas por la recurrente, por cuanto éstas sí que concedieron validez a dicha impugnación por otros motivos, a saber, el levantamiento del velo para impedir el fraude de ley y la interdicción del abuso del derecho, aspectos que como tales no quedaron acreditados su existencia en la fase probatoria de instancia.

Por su parte, de la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009/140200), en términos análogos y no estimando la existencia de fraude de ley no abuso del derecho, conviene reseñar —en nuestra opinión— lo siguiente:

*«La impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración de las sociedades de responsabilidad limitada, clase a la que pertenece la demandada, se rige por las normas reguladoras de la de los acuerdos de la junta general de accionistas en el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas —art. 70, apartado 2, de la Ley 2/1995— y, entre ellas, por la del artículo 115, apartado 1, de dicho texto, 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.*

*De la literalidad del referido precepto resulta como consecuencia que la mera infracción de un convenio parasocial no baste, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social —sentencia de 10 de diciembre de 2008—. Lo que, en el supuesto que se enjuicia, caracterizado porque los acuerdos son plenamente conformes con los estatutos y no se han impugnado por lesionar los intereses sociales, implica la necesidad de averiguar si infringieron, además de o junto al pacto, alguna norma jurídica.*

### TERCERO

*En el motivo se acusa la infracción del artículo 56 —por el 70— de la Ley 2/1995, de 23 de marzo (RCL 1995/953), en relación con el 115, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206), y de la jurisprudencia expresada en las de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6194) y 10 de febrero de 1992 (RJ 1992/1204) que, según el recurrente, “permite oponer los pactos parasocietarios firmados por todos los socios como fundamento de la impugnación de acuerdos sociales”.*

*Alega el demandante que el convenio de que se trata estableció un principio de gestión social compartida que vinculaba a los socios, a los consejeros y a la propia sociedad, con independencia de cual hubiera sido su reflejo estatutario. Añade que, en concreto, los acuerdos de ratificación de los actos ejecutados por un apoderado sin poder suficiente y de atribución de poderes, por tres, en lugar de cuatro, consejeros, eran contrarios a aquel principio, por más que se manifestaran como formalmente correctos.*

*El motivo se desestima.*

*Ha de indicarse que ninguna de las sentencias en él señaladas ofrecen el apoyo que busca el recurrente. La de 24 de septiembre de 1987 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una sentencia que había anulado los acuerdos impugnados, pero lo hizo por la razón de ser los mismos opuestos a los estatutos. Y la ratio decidendi de la de 10 de febrero de 1992 no fue otra*

que la demostración de una lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas.

En definitiva, dichas sentencias no se alejan de los términos en que se expresa la norma del artículo 115, apartado 1, del texto refundido de la Ley de sociedades anónimas.

Por otro lado, no pueden considerarse contrarios a la Ley —las otras causas de impugnación ya se ha dicho que no fueron alegadas— los dos acuerdos impugnados por la mera invocación de los artículos 6, apartado 4, y 7, apartado 2, del Código Civil (LEG 1885/21).

El primero de ellos exige, además, de que el acto se haya realizado bajo la cobertura de una norma y persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, la existencia de otra norma eludida, que no se identifica en el motivo y que es la que debería ser aplicada en el caso de declararse el fraude de ley y, por ende, la que debería determinar cuál habría de ser el tratamiento que merece el acto considerado fraudulento.

Por otro lado, no cabe hablar de abuso de derecho, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. Entre ellas, que lo pactado por los socios debía proyectarse por voluntad de los mismos, y se proyectó en los estatutos. Que, como se dijo, es a éstos a los que corresponde establecer el régimen de organización y funcionamiento del consejo, con inclusión, en todo caso, del modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría —arts. 13, letra f), y 57 de la Ley 2/1995—. Y que los estatutos de Camanchaca, S. L., por decisión de la junta que los aprobó en su día, contienen, junto a las normas que expresaron la voluntad de dar intervención a la minoría en la administración social, otra, de aplicación supletoria, que elimina el rigor de tal exigencia».

Esta sentencia lo que vuelve a confirmar es que la existencia de la posible vulneración de un pacto parasocial no es causa suficiente para que se pueda proceder a la impugnación de un acuerdo social con base en el mismo, a la misma vez que entiende que las reiteradas sentencias de 1987 y 1992 no se alejan de los términos del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, esto es, fraude de ley y abuso de derecho, que vuelven a ser desestimados en este caso, ya que la recurrente no alude en sus alegaciones a cuál ha sido la norma eludida para que entre en aplicación el artículo 6.4 del Código Civil, y puesto que no cabe hablar de abuso de derecho, sin atender a las circunstancias concretas del caso, siendo las mismas en el presente, que lo pactado por los socios se proyectó en los estatutos sociales. Por lo tanto, parece que sólo el alegado principio de coestión social, inspirador del contrato parasocial, es el debilísimo argumento esgrimido por la recurrente para poder entender su petición, principio que, por otro lado, se estipuló también en los estatutos al recogerse en su contenido el mismo sistema de adopción de acuerdos previstos en el acuerdo parasocial firmado por todos los socios de la compañía.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009/140201), nos ofrece el siguiente razonamiento sobre esta materia, amén del interesante fundamento revelador de la conducta de los socios minoritarios:

«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 cuáles 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 1564/1989 —aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por virtud de lo dispuesto en el art. 56 de la Ley 2/1995—, 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 2008 (RJ 2009/17) y 2 de marzo de 2009—.

Por otro lado, ninguna de las sentencias señaladas en el motivo ofrecen apoyo al mismo. La de 24 de septiembre de 1987 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 1992 (RJ 1992/1204) no fue otra que la demostración de una lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de una o varios accionistas.

(...)

#### QUINTO

El artículo 19 de los estatutos de Turística Konrad-Hidalgo, S. L., 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—.

Es decir, vuelve a reiterar que la mera alegación de vulneración de un pacto parasocial no sirve como presupuesto para la impugnación de un acuerdo social, sino que ha de ubicarse la misma en sede del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que los presupuestos del mismo se den en el presente caso.

Además, después de afirmar la validez del sistema de representación proporcional en el órgano de administración de las sociedades limitadas, los socios minoritarios ni siquiera cumplieron con el procedimiento estatutario establecido para el mismo.

En conclusión, tal y como habíamos adelantado, las citadas sentencias del Tribunal Supremo no se oponen frontalmente a que la vulneración de un pacto parasocial pueda ser base para la impugnación de un acuerdo social contradictorio del mismo, sino que lo que realmente vienen a afirmar es que no basta la mera alegación de dicha vulneración, por lo que han de analizarse si en el caso concreto confluye alguno de los requisitos del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, resultando que en los casos enjuiciados por las mismas no se aprecia la existencia de ninguno de ellos, a saber, el acuerdo social no resulta contrario a Ley imperativa, ni a los estatutos sociales (ya que se había trasladado el pacto parasocial a los mismos) ni al interés social (no alegado correctamente, por otra parte, en las correspondientes instancias), no apreciándose la existencia de fraude de ley (al no invocarse la norma pretendidamente eludida, ni servir como base del mismo la infracción de un contrato), ni observándose la existencia de un abuso de derecho, ya que quedó constatado que la mayoría no sólo actuó conforme a los estatutos, sino también conforme al pacto extraestatutario.

Por ello, y como principio, mostramos nuestra conformidad al fallo de dichas sentencias, de los hechos que se pueden deducir de las mismas, aunque no podemos por menos que observar cómo sigue sin abordarse ni ofrecerse por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo un correcto tratamiento del debate, así como una solución fundada para la resolución del mismo, ya que, sin menospreciar los intentos de las merítadas sentencias del Tribunal Supremo de 1987 y 1992, consideramos que las soluciones ofrecidas por algunas sentencias no dejan de ser algo artificiosas, tal como la ficción de la existencia de una Junta general cuando la totalidad de los firmantes del pacto son la unanimidad del capital social, sin que el «interés social» en su aspecto contractualista, tal y como ha venido en reconocer la más autorizada doctrina mercantilista, siga sin aflorar como piedra angular y como base para la resolución de esta problemática.

### III. EL TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL PROBLEMA

Evidentemente, con carácter previo a esta cuestión, ha de admitirse como de hecho ya hicimos (2), de acuerdo con PAZ-ARES (3), en que en los supuestos de coincidencia subjetiva entre los firmantes del pacto y la totalidad de los socios de la sociedad, así como cuando los resultados que ofrece el ordenamiento societario son iguales o equivalentes a los del ordenamiento contractual, deben poder hacerse valer los acuerdos parasociales frente a la sociedad, siendo esto lo que ocurre en el caso de los acuerdos sociales, pudiendo por

---

(2) FRANCISCO REDONDO TRIGO, «De nuevo sobre la retribución de los administradores. ¿Estatutos o Pactos Parasociales?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, págs. 522-532.

(3) PAZ-ARES, «El Enforcement de los pactos parasociales», en *Actualidad Jurídica, Uría & Menéndez*, núm. 5, 2003. Vid., con carácter general sobre la materia, la abundante doctrina nacional y extranjera citada por este autor.



tanto, como regla general, afirmarse la posibilidad de alegar la infracción de un pacto parasocial por un acuerdo social (4).

PAZ-ARES, en su citado trabajo (*El Enforcement...*, págs. 40 y 41) concluyó con pleno acierto en relación con la posible impugnación del acuerdo social que vulnerase lo convenido en un pacto parasocial, lo siguiente: «*La infracción de pactos parasociales ha de construirse necesariamente como una causa de anulabilidad, donde los intereses en juego son estrictamente privados, lo cual obliga —dentro del razonamiento que venimos desarrollando— a transformarlas, o bien en infracciones estatutarias, o bien en infracciones fiduciarias. La primera alternativa se ha intentado recurriendo a la vía interpretativa. Los pactos parasociales —se afirma— son reglas interpretativas de los estatutos; tratan de establecer la voluntad de todos los socios y, en esa medida, pueden equipararse. Pero la solución tampoco convence. Nuevamente, puede tacharse de artificiosa. Los pactos parasociales no son o, al menos, no son siempre un instrumento para interpretar los estatutos, sino un cuerpo de reglas que deliberadamente se ha establecido al margen del orden estatutario. La segunda alternativa, en cambio, se revela más prometedora. No hay que forzar nada las cosas, en efecto, para construir la violación del pacto parasocial como infracción fiduciaria. Basta con percatarse de que, desde un entendimiento contractual del interés social —como el que predomina en nuestra doctrina y jurisprudencia—, cualquier acuerdo que contravenga un pacto suscrito por “todos” los socios revela una desconsideración de sus intereses —una forma de deslealtad o infidelidad— y, en esa medida, resulta contrario al interés social. Por definición, el acuerdo adoptado en contravención del pacto beneficia a los accionistas que lo incumplen en perjuicio de los accionistas que reclaman su cumplimiento. El beneficio de unos y el perjuicio de otros está in re ipsa.*».

Con posterioridad, FERNÁNDEZ DEL POZO (*El protocolo familiar...*, págs. 221, 222 y 223) se decanta igualmente a favor de dicha solución argumentado lo siguiente: «*Bajo esta óptica debe admitirse con nuestra doctrina —sorprendentemente pacífica— la posibilidad de una impugnación de los acuerdos sociales adoptados en Junta o en Consejo cuyas decisiones infrinjan lo convenido en el pacto parasocial o protocolo familiar ex artículo 115 LSA y en el bien entendido que tales acuerdos serían anulables... como si se tratara de una infracción de estatutos o reglamentos de régimen interior (doctrina que puede seguirse de las SSTs de 24 de septiembre de 1987, caso Hotel Atlantis Playa; 26 de febrero de 1991 y 10 de febrero de 1992, caso Munaka; 18 de marzo de 2002, caso Villar de Olaya Golf, S. A., STS de 21 de septiembre de 2007, caso QUINCOSA; la RDGRN de 26 de octubre de 1989, caso Promociones Keops). Entre las mismas partes, por ejemplo, si ésta es su voluntad, prevalece el régimen parasocial de transmisibilidad sobre el estatutario (cfr. STP de Barcelona, sec. 15.ª, de 18 de noviembre de 1996) o el precio de rescate pactado sobre el estatutario (STS de 23 de marzo de 2001), etc.*».

---

(4) Aunque esta solución haya sido negada tradicionalmente. Vid. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, y GARRIGUES, «Los sindicatos de voto», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1955, la doctrina más reciente ha venido confirmando la existencia de dicha oponibilidad del pacto parasocial frente a la sociedad en determinadas situaciones, así, PÉREZ MORIONES, *Los sindicatos de voto para la Junta General de la Sociedad Anónima*, 1996; PAZ-ARES (*El Enforcement...*), y FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, 2008.

Recientemente, y tras estas sentencias del Tribunal Supremo, David PÉREZ MILLÁN (5) expone su opinión coincidente con la doctrina anterior al decir que: «*Por el contrario, ha de encontrarse un fundamento que permita no sólo encuadrar tales hipótesis en las causas de impugnación previstas legalmente [para la importancia de este aspecto, v. STS de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009/17), de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009/140200), y de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009/140201), sino asimismo delimitar bajo qué presupuestos y con qué límites puede admitirse la impugnación de un acuerdo social por vulnerar lo dispuesto en un pacto parasocial (...)] Si todos los socios son parte del pacto parasocial, se antoja razonable, en todo caso, sostener que el acuerdo social contrario a lo pactado lesiona el interés social [en cuanto a la conclusión, cfr. STS de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992/1204), así como PAZ-ARES, ob. cit., pág. 41, que considera equivalente el razonamiento que, para el ordenamiento alemán, encuentra en esta clase de acuerdos una infracción del deber de lealtad o buena fe por los socios, y, en este sentido, cfr. ZÖLLNER, loc. ult. cit.; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln, 202, § 15, pág. 94, así como EHRLICH, Schuldvertragliche Nebenabreden zu GmbH-Gesellschaftsverträgen, Heildeberg, 2004, págs. 29 a 34, donde puede comprobarse la relación entre el deber de fidelidad, interés de los socios e interés social, así como su posible concreción en pactos parasociales suscritos por todos los socios].»*

#### IV. CONCLUSIONES

En nuestra opinión y pese al carácter cerrado del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas: «*Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que 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. Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables...*», entendemos que la violación de un pacto parasocial suscrito por todos los socios sí encuentra ubicación dentro de los supuestos de impugnación de acuerdos sociales legalmente establecidos, aunque reconocemos que la misma no resulta fácil.

Concretamente, la *sedes materiae*, en la que debe ofrecerse respuesta al supuesto de hecho debatido, ha de ser la de la anulabilidad del acuerdo social en los casos en que el mismo lesione en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros los intereses de la sociedad, esto se puede producir cuando el acuerdo social contraviene lo pactado por todos los socios en un acuerdo extraestatutario.

Bien a través de la ruptura del deber fiduciario de fidelidad antes apuntado, o bien, mediante el principio de la buena fe y el de la interdicción general del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo (art. 7 del Código Civil), los mismos han de valer como argumentos de la consecuencia jurídica propuesta, a saber, la anulabilidad del acuerdo social por ser contrario al interés social, ya que se entiende por la doctrina el «interés social» desde una concepción contractualista al afirmarse que «*la colisión del interés de la sociedad como interés común de los socios, con el interés particular del socio o socios*

(5) David PÉREZ MILLÁN, *De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales*. Jornada «Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital», celebrada el 20 de abril de 2009 en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

de la mayoría, o el interés más claramente extrasocial del tercero» (6), y en términos análogos la Jurisprudencia configura dicho «interés social» como que éste «...no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria supone una lesión al interés social; segundo, el beneficio de uno o varios accionistas o de un tercero; tercero, nexo causal entre la lesión del interés social y el beneficio indicado. Tales presupuestos deben ser probados» (vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 1991 —RJ 1991/1512— y sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 1998 —RJ 1991/1512—) (7).

De esta forma, la reiterada sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1992, dispone al efecto lo siguiente: «...la sociedad recurrente denuncia infracción del artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, para lo que, en el breve alegato que integra el desarrollo del mismo, parece querer aducir que el abuso del derecho no se encuentra incluido entre las posibles causas de impugnación de acuerdos sociales que dicho precepto establece. El referido apartado del motivo ha de ser desestimado, pues la lesión de los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho (subjettiva, de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria, y objetiva, de anormalidad en el ejercicio del mismo), que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso...».

De igual manera, la también reiterada sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1987, pese a que acude al recurso del fraude de ley y del levantamiento del velo de la persona jurídica, lo hace con base al «...acogimiento del principio de la buena fe...». Este caso ha sido calificado por la doctrina como un ejemplo del principio del *Tu quoque*. En este sentido, Miquel GONZÁLEZ (8) explica dicho principio, relacionándolo con la sentencia anterior, del siguiente modo: «La regla conocida con las palabras *tu quoque* está emparentada con el aforismo *nemo auditur sua turpitudine allegans*. Significa la imposibilidad de invocar las reglas jurídicas por el mismo que la desprecia... También parece un caso semejante el de quien niega a su socio legitimación para la participación en la sociedad alegando que éste le ha transmitido fiduciariamente a él todas sus acciones (STS 24-IX-87)» (9).

---

(6) Fernando SÁNCHEZ CALERO, *La Junta General en las Sociedades de Capital*, Editorial Thomson-Civitas, pág. 375, 2007.

(7) Puede verse una exposición de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el siguiente trabajo de Felipe PALAU RAMÍREZ, «Nulidad y anulabilidad de acuerdos de la junta general de las sociedades de capital en la jurisprudencia española de la última década», en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2004.

(8) José María MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, pág. 55. Secretaría General Técnica de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

(9) *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. «No se oye a quien alega su torpeza. Cfr. CJ 7.8.5, del 223, donde Alejandro Severo establece por rescripto que no debe ser oído el manumisor que declaró que defraudó a los acreedores con el fin de revocar una manumisión hecha a unas esclavas dadas en prenda; cfr. también CJ 8.55 (56), 4, del 293, que recoge un rescripto de Diocleciano y Maximianoa Prócúla en que se le advierte que no se puede revocar una donación por alegar el donante que la hizo en fraude de terceros; o CJ 2.4.30, del 294, que impide a quien ha actuado con dolo alegarlo con el fin de impugnar una transacción (...) En ocasiones, aparece el principio formulado con

A nuestro juicio, la infracción del deber de fidelidad del socio y la actuación conforme al principio de la buena fe tienen un enorme paralelismo, o mejor dicho, el deber de fidelidad del socio es una obligación del deber genérico de actuación de buena fe en el marco del contrato social y del contrato parasocial, ya que se concreta en un deber de actuación leal que le impide (en el caso de los socios mayoritarios, generalmente) adoptar un acuerdo social contrario al contrato parasocial suscrito por todos los socios. Así la doctrina (10), haciéndose eco de la difícil distinción entre el ejercicio abusivo del derecho y el ejercicio contrario a la buena fe ha establecido que: «...*De modo aproximado podemos decir que el ejercicio del derecho contra la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte, o bien una regla de coherencia de la propia conducta por imperativos éticos; la buena fe también condena el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal. Se desenvuelve en el marco de una relación especial entre las partes, en la que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca. En el abuso del derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma. En el abuso del derecho, el problema se ha visto, inicialmente al menos, más bien desde la óptica de los derechos absolutos, por ejemplo la propiedad, como un problema de libertad reconocido por el derecho o la norma*».

En conclusión, entendemos que el principio de la buena fe debe ser aplicado de oficio, es de carácter imperativo y aplicable en todo el Ordenamiento Jurídico, y su infracción da lugar a su control en casación por tener evidente interés casacional (ex art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que, la buena fe (art. 7 del Código Civil) puede considerarse como «una espada de Damocles» en relación con los posibles abusos de la mayoría con respecto a la minoría, cuando tal abuso provenga de lo convenido por todos en un pacto parasocial, ya que dicha actuación debe ser considerada como contraria al «interés social», lo que originaría la viabilidad de la impugnación del acuerdo social mayoritario infractor del pacto parasocial acordado por unanimidad.

No obstante, lo anterior somos conscientes que el recurso a tal «norma principal» que positiviza el principio general del Derecho de la buena fe, no puede servir como panacea para la impugnación indiscriminada de los acuerdos sociales que contraríen lo acordado en un pacto parasocial, incluso cuando éste hubiera sido acordado por la unanimidad de los socios, ya que las circunstancias del caso concreto han de ser las correctoras de esta consecuencia jurídica que consideramos viable.

Por ello, entendemos que estas sentencias del Tribunal Supremo de 2008 y 2009 no sientan una doctrina jurisprudencial contraria a la debatida impugnación del correspondiente acuerdo social que vulnere lo pactado en el contrato parasocial, sino que esta mera alegación no basta para estimar dicha impugnación, debiendo por tanto analizarse los hechos y la conducta de las partes para determinar si en base a los mismos puede acordarse la impugnación que se alegare.

*el aforismo: fraudem suma nemo debet allegare. Cfr. STS de 19 de febrero de 1992 (RJ 1992/2909); STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 1992/5095); STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 1992/5097); STS de 26 de noviembre de 1992 (RJ 1992/8963); STS de 16 de julio de 1997 (RJ 1997/6034).* Principios de Derecho Global. Aforismos jurídicos comentados. Thomson-Aranzadi, 2003, págs. 156 y 157.

(10) José María MIGUEL GONZÁLEZ, vid. *op. cit.*, pág. 46.

RESUMEN

ACUERDOS SOCIALES Y PARASOCIALES

*Recientes sentencias del Tribunal Supremo de 2008 y 2009 sientan como principio que la mera alegación de la existencia de un pacto parasocial no puede servir como base para la impugnación de un acuerdo social que vulnerase tal convenio extraestatuario, sin embargo, ello no supone que en determinadas situaciones cuando concurra una lesión del interés social no pueda ser viable la referida impugnación del acuerdo social.*

ABSTRACT

CORPORATE RESOLUTIONS AND SHAREHOLDERS' AGREEMENTS

*Recent Supreme Court rulings of 2008 and 2009 establish as a principle that the mere allegation that a shareholders' accord exists cannot serve as grounds for challenging a corporate resolution that violates the shareholders' private accord (which is not made under the company by-laws). However, this does not mean that, in certain situations, when an injury of the corporate interest is attendant, the challenge of the corporate resolution is necessarily unviable.*