

## 2. MERCANTIL

### Los pactos parasociales y la relatividad contractual (unas notas para la reflexión)

#### «*Shareholders agreements y contract relativity* (*some notes for reflection*)

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y abogado*

*RESUMEN: Inoponibilidad de pactos parasociales y relatividad contractual.*

*ABSTRACT: Unenforceability of shareholders' agreements and contractual relativity.*

**PALABRAS CLAVE:** Pactos parasociales. Relatividad contractual. Estipulación en favor de tercero.

**KEY WORDS:** *Shareholders agreements. Contractual relativity. Stipulation in favour of a third party.*

**SUMARIO:** I. PACTOS PARASOCIALES Y RELATIVIDAD CONTRACTUAL.—II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—III. BIBLIOGRAFÍA.

#### I. PACTOS PARASOCIALES Y RELATIVIDAD CONTRACTUAL

Como ya expusimos en su momento<sup>1</sup>, el Tribunal Supremo ha tenido varias ocasiones de enjuiciar el delicado tema de la posible impugnación de acuerdos sociales por vulneración de un pacto parasocial.

Las resoluciones jurisprudenciales a las que no 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).

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 conflúan alguno de los requisitos del antiguo 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 solo actuó conforme a los estatutos, sino también conforme al pacto extraestatutario.

En su día, propugnábamos que ha de admitirse<sup>2</sup>, de acuerdo con PAZ-ARES<sup>3</sup>, 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 tanto como regla general afirmarse la posibilidad de alegar la infracción de un pacto parasocial por un acuerdo social<sup>4</sup>.

PAZ-ARES, en su citado trabajo (El Enforcement... páginas 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...páginas 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 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 SA, 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 esa es su voluntad, prevalece el régimen parasocial de transmisibilidad sobre el estatutario (cfr. STP Barcelona, sec. 15.<sup>a</sup>, 18 de noviembre de 1996) o el precio de rescate pactado sobre el estatutario (STS de 23 de marzo de 2001) etc.».

Tras estas sentencias del Tribunal Supremo, David PÉREZ MILLÁN<sup>55</sup> expone su opinión coincidente con la doctrina anterior al decir que: «Por el contrario, ha de encontrarse un fundamento que permita no solo encuadrar tales hipótesis en las causas de impugnación previstas legalmente [para la importancia de este aspecto, v. SSTS 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. de 10 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 1204), así como PAZ-ARES, *ob. cit.*, pg. 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, § 5 I 5, pg. 94, así como EHRICKE, *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]».

Por su parte, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 (Id Cendoj: 28079110012022100290) sigue afirmando la inoponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales a la sociedad sobre la base del principio de relatividad contractual, aunque admitiendo la posibilidad de impugnación de acuerdos sociales por infracción de los mismos en caso de mala fe y abuso de derecho, tal y como hiciera la sentencia del Tribunal Supremo número 120/2020, de 20 de febrero, cuando se razonaba lo siguiente:

*«Fuera de tales casos (infracciones a las exigencias de la buena fe, abuso del derecho) la eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con los mismos, sino que debe articularse tal defensa a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto, pues este no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales».*

Por otro lado, en esta sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 sí que se razona en sede del principio de relatividad contractual, la posibilidad que vía artículo 1257.2 del Código Civil se pueda llegar a oponer a la sociedad no firmante del pacto el contenido del mismo en determinadas ocasiones, cuando se razona lo siguiente:

«3.5. Naturalmente, la regla general de la relatividad de los contratos enunciada en el párrafo primero del artículo 1257 del Código Civil debe entenderse también sin perjuicio de la excepción prevista en su párrafo segundo respecto de las estipulaciones a favor de terceros, de forma que en caso de haberse previsto tales estipulaciones en el pacto parasocial a favor de la sociedad (los denominados “pactos de atribución”, v.gr. concesión de préstamos, prohibición de competencia, etc.), esta podrá exigir su cumplimiento, conforme a dicha norma, incluso si no fue parte del convenio parasocial».

En relación con la tipología de los pactos parasociales por parte de las resoluciones de nuestros Tribunales, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 28 de junio de 2017 razona que la doctrina suele diferenciar tres categorías de pactos parasociales: los pactos de relación, los pactos de atribución y los pactos de organización. Los de relación son aquellos que regulan de manera directa las relaciones recíprocas entre los socios, esto es, sin intervención de la sociedad; la segunda tipología (atribución) pretenden procurar algún tipo de ventajas a la sociedad, mientras que los de organización tiene por objeto expresar la voluntad de los socios de reglamentar la organización, funcionamiento de la sociedad, lo que afecta directamente al sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad.

Evidentemente, es en el seno de los pactos de atribución donde el ejercicio de la acción de cumplimiento y ejecución de lo acordado por parte de la sociedad afectada por el mismo donde se plantea la cuestión de dicha posibilidad al amparo de lo previsto en el artículo 1257.2 del Código Civil, cuando la sociedad no es firmante del pacto parasocial.

En su momento y analizando la posibilidad de solicitar el cumplimiento y ejecución de los pactos parasociales, PAZ-ARES, razonaba que: «a) Los casos fáciles están representados, una vez más, por los pactos de atribución, en los que los socios asumen la obligación de procurar ventajas a la sociedad, tales como concederle préstamos, abstenerse de competir con ella, reintegrar sus pérdidas u otorgarle un derecho de adquisición preferente en caso de venta de participaciones. La cuestión que se plantea en estos supuestos consiste en discernir si la sociedad puede reclamar directamente de los obligados el cumplimiento de sus obligaciones invocando los pactos parasociales. La respuesta al interrogante planteado ha de ser, con carácter general, resueltamente afirmativa, y ello aun cuando la sociedad no haya suscrito el pacto (lo que, en todo caso, es aconsejable desde el punto de vista práctico). La vía de *enforcement* nos la proporciona la figura del contrato a favor del tercero (art. 1257II CC), cuyo campo de aplicación —según hoy es pacífico— no está limitado a supuestos excepcionales. La sociedad, en su condición de beneficiaria del pacto de atribución, adquiere el derecho desde el mismo momento en que el pacto es concertado. La aceptación solo es necesaria para evitar la revocación. El tema no plantea hoy en día mayor dificultad, por lo que huelga cualquier comentario ulterior».

Ante lo anterior, nos preguntamos, ¿realmente es así, es cierto que huelga en estos casos realizar comentarios ulteriores? ¿es tan sencilla la respuesta a esta cuestión?

En realidad, creemos que no, ya que la posible aplicación de lo previsto en el artículo 1257.2 del Código Civil a los pactos de atribución requiere al menos un planteamiento de lo que se ha conocido como contratos impropios en favor de tercero, o incluso, los casos en los que se pretendan crear obligaciones al tercero.

Por ello, en primer lugar y antes de proceder a abordar el análisis de lo anterior y al hilo de lo que en realidad comentábamos con anterioridad, en primer,

lugar y sin que resulte una obviedad, hemos de tratar realmente si la sociedad es o no un «tercero» porque si realmente no lo es, nos encontramos con que no hemos de recurrir al mecanismo del artículo 1257.2 del Código Civil para poderle hacer oponible el pacto parasocial no suscrito por la propia sociedad.

Por «tercero» entendemos cualquiera que no es parte en el contrato y que no traiga causa de ninguna de las partes del contrato. De nuevo, no volvemos a estar de acuerdo en que sobre esto no haya nada que plantearse.

MACÍA MORILLO<sup>6</sup> en un análisis de la figura afirma sin embargo lo siguiente: «La primera afirmación que suele hacerse respecto del sujeto que ocupe la posición del tercero, afirmación que no suscita polémica alguna, es que debe tratarse de una persona —física o jurídica— distinta a las partes y de las que no traiga causa»

En el tema que nos ocupa el levantamiento del velo de la persona jurídica ya ha sido utilizado como argumento para prescindir por tanto de la misma como «tercero».

Recordemos otra vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1987 (Ar. 6194), conocido como el caso «*Atlantis Playa*».

PAZ-ARES (Enforcement... 34 y 35) relata este caso para resaltar la oponibilidad del pacto parasocial en caso del levantamiento del velo de la persona jurídica de la siguiente forma: «El pacto parasocial relevante en este caso era un pacto de fiducia, mediante el cual el socio titular del 100% del capital —el «socio único»— reconoce que los derechos correspondientes al 13% del capital corresponden a la Sra. Jeanne Antoinette B. El reconocimiento queda reflejado en un acuerdo meramente privado, pues *ad extra* y, desde luego, en los libros de la sociedad, la única persona que aparece como accionista es el «socio único». Así las cosas, se convoca y celebra una Junta general el día 24 de diciembre de 1984, a la que únicamente asiste el «socio único» y en el que se adoptan varios acuerdos de importancia (modificaciones estatutarias, nombramiento de gerente, etc.). Los acuerdos son impugnados por la Sra. Jeanne Antoinette B. por considerar que contravienen el artículo 14 de los Estatutos, a tenor del cual los acuerdos de la Junta general requerirán, para su aprobación, «el voto favorable de dos socios como mínimo, sin que pueda estimarse existente el adoptado con el voto de un solo socio, aunque en él se reúnan la mayoría de las acciones a no ser en los casos permitidos en que la sociedad tenga un solo socio». La sociedad se defiende aduciendo que frente a ella existe un solo socio —el que venimos llamando «socio único»— y que el pacto parasocial fiduciario no le es oponible al amparo de lo previsto en el artículo 7 LSA. El Tribunal Supremo estima la demanda de impugnación argumentando que los pactos privados son oponibles a la sociedad cuando esta no pueda considerarse, en atención a la realidad de sus socios, un tercero ajeno e independiente. La base jurídica la encuentra en la tesis de la desestimación de la personalidad jurídica. En estos términos se produce el Alto Tribunal:

*«En varias sentencias, y en conformidad con la mejor doctrina, esta Sala ha vacilado en apartar el artificio de la Sociedad anónima para decidir los casos según la realidad, y así, la sentencia de 5 de mayo de 1958 prescindió de haberse constituido una Sociedad anónima para hacer prevalecer el principio ético de que «nadie puede desposeer a otro sin la voluntad del despojado y por su propia decisión, cualquiera que sea el medio aparentemente empleado» y la de 28 de mayo de 1984 sienta la tesis general de que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y*

*según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC), la práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (art. 10 de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (art. 7.2 CC). Más recientemente la sentencia de 27 de noviembre de 1985 consideró que el sujeto pasivo de la deuda reclamada era el demandado y no la Sociedad de que era único socio y ello con independencia de la apariencia jurídica creada con la Constitución de tal ente colectivo. Últimamente, la sentencia del 9 de julio de 1986 prescindió de la forma social, por «La particular composición de la Sociedad recurrente» (tres socios, componentes del Consejo de Administración). En el caso ahora justiciable, la aparatosa convocatoria mediante los anuncios del artículo 53 de la Ley, de una Junta General Extraordinaria de Sociedad anónima constituida reconocidamente por dos únicos socios que se hallan ligados por los pactos recordados, no puede servir, en perjuicio de la impugnante que es uno de ellos dos, para que el otro se evada de estos pactos que constituyen, artículo 1091 del Código Civil, la particular ley de los contratantes, la que no puede quedar, artículo 1256, al arbitrio de uno de ellos».*

Los casos de coincidencia subjetiva también han sido analizados en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico para enervar la protección que ofrecer la persona jurídica al tema en cuestión, concretamente en el campo hipotecarista en clave de aportaciones sociales en fraude de acreedores, cuando se analiza la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Como observa ROCA SASTRE<sup>7</sup>, la cuestión en relación con las sociedades fue analizado con profundidad por SERICK<sup>8</sup>, al exponerse lo siguiente: «En relación con la persona jurídica en general, y más concretamente con sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, SERICK ha estudiado a fondo el problema, y después de afirmar que el artículo 892 del Código Civil alemán (que es el que propiamente establece la fe pública registral) solo tiene aplicación cuando se trate de negocios de tráfico, conforme resulta de la finalidad de tal precepto, y de decir que el propio artículo no debe tener aplicación cuando las dos partes del negocio jurídico sean una misma persona, se extiende o entra a fondo en el problema de la persona jurídica mercantil, como uno de los presupuestos más importantes del problema.

Inspirados solo en lo sustancia de lo expuesto por dicho autor, a fin de facilitar la exposición, y siempre con relación a nuestra Ley Hipotecaria y concretamente en su artículo 34, se indica lo siguiente: (...)

SERICK dice que, si es procedente observar lo que ocurre entre los bastidores de la persona jurídica a los efectos referidos, precisa saber en qué casos los miembros de la misma pueden quedar identificados con ella. Ante esto el autor expresa que hay que partir de la doctrina sentada por dicho Tribunal Supremo alemán o Tribunal del Reich, en el sentido de que los socios pueden quedar identificados con la persona jurídica cuando las mismas personas se contraponen como enajenantes y adquirentes, aunque unidas diversamente y bajo otra configuración jurídica.

Ante ello dicho autor adopta la fórmula de que en el más está incluido el menos, y en consecuencia, distingue:

Si por la parte adquirente concurren solo personas que también concurren en la parte enajenante, no hay protección de la fe pública registral. Es, por ejemplo, el caso de una sociedad anónima o limitada, formada por Ticio, Cayo y Sempronio, que figura como dueña de una finca en el Registro pero sin serlo en la realidad jurídica extrarregistral, cuya sociedad la enajena a los mismos Ticio, Cayo y Sempronio, o a dos de ellos, o a uno.

En cambio, si por la parte adquirente concurren otras personas con los enajenantes, hay protección de la fe pública registral, de suerte que los adquirentes de buena fe pueden invocar tal protección del Registro, si bien como esta protección no es divisible, ha de beneficiar a todos los adquirentes. Como ejemplo basta incluir entre los adquirentes del caso anterior a otra u otras personas diferentes de las enajenantes.

Agrega SERICK que, si el enajenante es una persona jurídica, la protección de la fe pública registral beneficia a todos los adquirentes aunque solo uno de ellos no sea socio de la persona jurídica. En cambio, considera problemático, que sea procedente lo mismo cuando por la parte adquirente solo se encuentran algunos de los componentes de la persona jurídica enajenante, si bien cree que los adquirentes deben ser protegidos, aunque existan diferencias. (...)

Todavía se da un paso más avanzado al negar el carácter de tercero a una personalidad indiscutiblemente nueva, pero formada por los mismos individuos que enajenan; por ejemplo: los herederos constituyen una sociedad de responsabilidad limitada a la cual aportan los bienes que, según el Registro, parecían pertenecer al causante. Aquí no hay modificación en el régimen interno de la propiedad, sino un cambio de propietarios y, por tanto, un tercero distinto del dueño, de los transferentes, pero, sin embargo, FRITSCH aplica el criterio expuesto en atención a que de hecho son las mismas personas naturales las que figuran de uno y otro lado. (...)

Ante estas enjundiosas y relativamente añejas consideraciones, cabe preguntar si la jurisprudencia española ha tomado cartas en el problema y la contestación ha de ser tímida, pues no hemos sabido encontrar sino una alusión en la sentencia de 12 de diciembre de 1950, en la que, a pesar de no concurrir buena fe en una de las combinaciones expresadas, llega a afirmar que en el caso de la persona de un adjudicatario, en fase de disolución de una sociedad, de una finca aportada a la misma, constituida tal sociedad con la circunstancia que aquí interesa, el Tribunal Supremo llega a señalar que tal adjudicatario no era tercero, con arreglo al artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1909 (a la sazón vigente), respecto del título adquisitivo de dicha finca por la propia sociedad de responsabilidad limitada.

Pues bien: si el problema en cuestión se resuelve prescindiendo de si ha intervenido o no buena fe en los protagonistas contemplados, con mayor razón se impondrá el mismo criterio cuando la mala fe resulte demostrada. En casos como este, afirma SERICK, en que la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho, para lo cual prescindirá de la norma fundamental que rige en materia de personas jurídicas y que establece una radical separación entre la sociedad y los socios desplazando o apartando la forma de la persona jurídica, con aplicación evidente en los casos de sociedad reducida a posteriori a un solo accionista o de responsabilidad limitada, e inclusive en las situaciones de



dominación o entidad entre la sociedad matriz y la filial, reducida esta a servir de simple instrumento de aquella».

Por su parte, el notario Fernando DE LA CÁMARA GARCÍA<sup>9</sup>, aborda resumidamente la condición de tercero protegido por la sociedad que recibe la aportación de un inmueble, al decir lo siguiente: «El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si concurren una serie de requisitos otorga una protección muy especial al tercer adquirente, concepto que interpreta la doctrina como el que no ha sido parte en una relación jurídica. Ahora bien, no se considera tercero (y, por lo tanto, no goza de protección) el que no habiendo sido parte en una relación jurídica desde el punto de vista formal, tiene una identidad real con ella. Es el supuesto de que una o varias personas aporten un inmueble a una sociedad constituida por ellas mismas. La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica detecta la identidad de personas entre el aportante y la sociedad que excluye el que esta sea tercero y la posible aplicación de la protección del artículo 34 LH.

El verdadero problema se plantea cuando la coincidencia entre el aportante y la sociedad no es plena sino parcial, es decir, que una persona aporte una finca a la sociedad constituida por esa persona y otras más. La sociedad puede ser considerada como tercero al faltar la plena identidad con el transmitente. Pero para ello es necesario que la sociedad sea de buena fe. Habría mala fe cuando todos los socios conozcan el vicio que puede invalidar el derecho del aportante. En este caso, la sociedad, aun siendo tercero, no será tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH por no llenar el requisito de la buena fe. En este sentido, la STS de 6 de julio de 1945 negó la protección en un supuesto en el que todas las personas que concurrieron a formar una sociedad conocían en el momento de la constitución el vicio que recaía sobre las cosa aportada por una de ellas<sup>10</sup>».

Es decir, la coincidencia subjetiva entre socios y sociedad no solo ha permitido aplicar la doctrinal del levantamiento del velo en materia de pactos parasociales sino incluso para apreciar la buena del tercero registral *ex* artículo 34 LH (aunque la buena fe a valorar en este caso, sea la que requieren los artículos 433 y 1950 del Código Civil, es decir, la creencia de que el titular registral es dueño de la cosa o derecho y ostenta poder de disposición suficiente para transmitir el dominio o derecho, y la ignorancia de real titularidad o de cualquier otra circunstancia que pueda hacer ineficaz o limitar la titularidad que el Registro de la Propiedad publica), por lo que la misma ha de ser bien tenida en cuenta —a nuestro juicio— en relación con la oponibilidad de los pactos parasociales a la sociedad no firmante de los mismos, lo cual, solo se apunta como posibilidad genérica en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 mediante la colación de la doctrina de la buena fe e interdicción del abuso del derecho, pero sin razonar con mayor argumento su aplicación a los casos de pactos parasociales omnilaterales.

El otro problema que nos asalta tras la estricta aplicabilidad del principio de relatividad contractual en los pactos sociales omnilaterales que viene aplicando el Tribunal Supremo es el del ámbito de aplicación del artículo 1257.2 del Código Civil y los conocidos como contratos impropios en favor de tercero, o incluso, los casos en los que se pretendan crear obligaciones al tercero.

En relación con el primero de los temas antes apuntados, ha de recordarse la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1940 (RJA 1940/1131), ya razonó lo siguiente para diferenciar el régimen jurídico de la prestación a tercera persona de la figura del verdadero contrato en favor de tercero, en la que sí se le confiere al tercero la acción de cumplimiento en sede del artículo 1257.2 del Código Civil:



*«En líneas generales, afirma el Tribunal Supremo, la estipulación en provecho de tercero supone una relación contractual en la que el acreedor deriva la prestación del deudor hacia otra persona que no ha intervenido en el contrato, y para fijar su naturaleza específica es preciso deslindar su esfera de acción aislándola de otras figuras de derecho similares, conviniendo especialmente, ya ceñidos al pleito, diferencia el régimen jurídico de la prestación a tercera persona, según esta venga autorizada solamente para recibir la prestación, o adquiera además el derecho estipulado, diferenciación que se traduce en que en el primer caso el tercero es únicamente destinatario de la prestación, sin la facultad de exigir su cumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante acreedor, mientras que en el caso del verdadero contrato a favor de tercero, este es el titular del derecho hacia él derivado».*

Por lo tanto, para encontrarnos dentro del ámbito del artículo 1257.2 del Código Civil, el tercero no ha de ser un mero destinatario de la prestación sino que ha de adquirir además el derecho estipulado, por lo tanto habrá que estar al contenido específico del pacto parasocial de atribución para poder concretar si efectivamente le asiste o no a la sociedad la acción de cumplimiento.

Por otro lado, nos encontramos con los pactos de atribución de concesión de préstamos a la sociedad, donde con carácter generalizado se ha afirmado la posible aplicación de la acción de cumplimiento *ex* artículo 1257.2 del Código Civil, lo que en nuestra opinión no ha de predicarse igualmente con carácter generalizado, debiendo por tanto estarse al condicionado del clausulado del préstamo para poder afirmar si le asiste a la sociedad la acción de cumplimiento.

Nos permitimos en esta sede, recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a los contratos de préstamo, cuando en la sentencia de 11 de julio de 2018, núm. 432/2018, se nos ofreció lo siguiente al respecto:

*SEGUNDO.— Doctrina de la Sala sobre la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a los contratos de préstamo El artículo 1124 del Código Civil se refiere a la facultad de resolver las obligaciones «recíprocas» para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce, por tanto, en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra (art. 1274 CC).*

*El artículo 1124 del Código Civil refiere la facultad resolutoria como remedio frente al incumplimiento de una de las partes cuando medien entre ellas vínculos recíprocos. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al artículo 1124 del Código Civil y el ordenamiento establece las condiciones en que se puede poner fin a la relación. Basta recordar los artículos 1733 y 1736 del Código Civil para el mandato, los artículos 1775 y 1776 del Código Civil para el depósito o los artículos 1749 y 1750 del Código Civil para el comodato. En ocasiones, la ley atribuye un derecho de retención como garantía del cumplimiento de obligaciones que nacen «ex post», que dan lugar a créditos que por no nacer necesariamente del contrato no son corresponsivos y, como tales, no permitirían aplicar la resolución por incumplimiento (art. 1730 CC para el mandato, art. 1780 CC para el depósito; no así para el comodato, para el que, apartándose de los precedentes históricos, el art. 1747 CC niega al comodatario la facultad de retener la cosa prestada aunque el comodante le deba algo, incluso aunque lo debido sean gastos cuya satisfacción corresponda al comodante).*

*En estos contratos que se acaban de mencionar, salvo en el comodato, que es esencialmente gratuito, puede fijarse retribución y, entonces, nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas, para las que podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada.*

*Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 del Código Civil.*

*En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1129 del Código Civil, el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible.*

*La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados).*

*La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe.*

*En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el artículo 1124 del Código Civil, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente.*

*El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 del Código Civil si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses.*

*Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario».*

*Sobre la imposibilidad de constituir obligaciones mediante el mecanismo del artículo 1257.2 del Código Civil, también se ha pronunciado la doctrina. De esta forma, CARRASCO PERERA<sup>11</sup> opina al respecto: «Nadie puede quedar obligado contra su voluntad, si la obligación no viene impuesta por una ley. No se puede crear en un tercero una obligación, ni una posición mixta de derecho y obligación, por el procedimiento del artículo 1257 II del Código Civil. La aceptación inicial es precisa, y una aceptación que es además contractual y no un mero asentimiento a obligarse. Si el estipulante y el promitente acordaran que el tercero asumirá una obligación, este acontecimiento solo podría conseguirse por medio de una ratificación (art. 1259 CC), de un negocio obligatorio realizado sin poder o de*

una gestión beneficiosa de negocios ajenos sin mandato, o por medio de una delegación, en la que el «tercero» asume su papel, voluntariamente, de delegado *solvendi* o *credendi*. Esta atribución de pasivo por obra de terceros es especialmente interesante cuando se estipula un derecho en favor de tercero, pero este derecho está sujeto a una carga o modo que no agota el valor de la atribución. También en este caso hace falta un consentimiento contractual. Y, por supuesto, hace falta consentimiento si el activo que se atribuye es un *contrato bilateral en su conjunto*».

En suma, consideramos que no puede ser objeto de una afirmación dogmática con la rotundidad que se realiza en determinadas ocasiones sobre la inoponibilidad e inexistencia de la acción de cumplimiento por parte de la sociedad en los pactos extraestatutarios omnilaterales no firmados por la misma, ya que efectivamente recursos como el fraude de ley y el abuso de derecho (levantamiento del velo societario) pueden y han de ser utilizados para lograr lo anterior.

Por último, no todos los pactos de atribución no firmados por la sociedad pueden hacerse valer a nuestro juicio por la vía del mecanismo de la estipulación en favor de tercero, sino que habrá de estarse a la concreta redacción y clausulado del mismo para poder determinar si efectivamente se le atribuye a la sociedad la adquisición del derecho y no el mero beneficio del mismo previo deslinde de aquellos casos en los que se atribuyan obligaciones sociales a la sociedad en el concreto pacto de atribución, que por naturaleza han de desterrarse del ámbito de aplicación del artículo 1257.2 del Código Civil.

## II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 7 de julio de 1927
- STS de 9 de diciembre de 1940
- STS de 6 de julio de 1945
- STS de 12 de diciembre de 1950
- STS de 24 de septiembre de 1987
- STS de 10 de febrero de 1992
- STS de 10 de diciembre de 2008
- STS de 5 de marzo de 2009
- STS de 6 de marzo de 2009
- STS de 11 de julio de 2018
- STS de 7 de abril de 2022
- SAP de Valladolid de 28 de junio de 2017

## III. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. 3.<sup>a</sup> ed., febrero de 2021, Thomson-Reuters.

DE LA CÁMARA GARCÍA. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI. Mercantil. Vol. 3.º. Derecho de Sociedades. Parte Especial (II). Editorial Thomson Civitas, 2004, Consejo General del Notariado.

FERNÁNDEZ DEL POZO: *El Protocolo Familiar. Empresa Familiar y publicidad registral*, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, 2008.

GARRIGUES: Los sindicatos de voto, *Revista de Derecho Mercantil*, 1955.

- MACÍA MORILLO. El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXIII, 2020, fasc. II.
- OPPO. *Contratti parasociali*, Milano, 1942.
- PAZ-ARES: El Enforcement de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica, Uría & Menéndez*, núm. 5. 2003.
- 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.
- PÉREZ MORIONES: *Los sindicatos de voto para la Junta General de la Sociedad Anónima*, 1996.
- REDONDO TRIGO: De nuevo sobre la retribución de los administradores ¿Estatutos o Pactos Parasociales?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711.
- REDONDO TRIGO. Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 85, núm. 715, 2009.
- ROCA SASTRE, R.M.<sup>a</sup>, ROCA-SASTRE, L., MUNCUNILL, BERNÁ I XIRGO, J. *Derecho Hipotecario*. 9.<sup>a</sup> edición, Tomo II, Vol. 2. Editorial Bosch, 2008.
- SERICK. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, traducción de Puig Brutau, 1958.

## NOTAS

<sup>1</sup> REDONDO TRIGO. Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 85, n.º 715, 2009, 2678-2690.

<sup>2</sup> REDONDO TRIGO: De nuevo sobre la retribución de los administradores ¿Estatutos o Pactos Parasociales?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 522-532.

<sup>3</sup> PAZ-ARES: El Enforcement de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica, Uría & Menéndez*, núm. 5. 2003. *Vid.*, con carácter general sobre la materia, la abundante doctrina nacional y extranjera citada por este autor.

<sup>4</sup> Aunque esta solución haya sido negada tradicionalmente. *Vid.*: OPPO: *Contratti parasociali*, Milano, 1942 y GARRIGUES: Los sindicatos de voto, *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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> MACÍA MORILLO. El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXIII, 2020, fasc. II, 575.

<sup>7</sup> Ramón M.<sup>a</sup> ROCA SASTRE. Luis ROCA-SASTRE Muncunill. Joan Berná i Xirgo. *Derecho Hipotecario*. 9.<sup>a</sup> edición, Tomo II, Vol. 2. Editorial Bosch, 2008, 234 y siguientes.

<sup>8</sup> SERICK. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, traducción de Puig Brutau, 1958, 230 y 232.

<sup>9</sup> DE LA CÁMARA GARCÍA. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI. Mercantil. Vol. 3.º. Derecho de Sociedades. Parte Especial (II). Editorial Thomson Civitas, 2004, páginas 391 y 392. Consejo General del Notariado.

<sup>10</sup> ROCA SASTRE, *vid. op. cit.* páginas 239, 240 y 241, apoya sus conclusiones en la siguiente jurisprudencia: «La sentencia de 7 de julio de 1927 recayó sobre un caso interesante, y en ella el Tribunal Supremo declaró que, según los términos claros del artículo 34 (y del entonces art. 27) de la Ley Hipotecaria de 1909 y la reiterada jurisprudencia producida, dicha sociedad X carecía de la calidad de tercero, debido a lo ostensible e indubitado del derecho reclamado, pues TICIO, después de dictada y publicada dicha sentencia confirmando el laudo arbitral, no podía constituir tres días más tarde, con varios de sus familiares, la repetida sociedad X, aportando a ella todos sus bienes, al intento de crear una figura de tercero para ampararse en las inmunidades de la Ley, toda vez que no puede alegarse ignorancia acerca de los motivos y fundamentos del embargo de sus bienes, y aunque no existieren en las actuaciones motivos para estimar la constitución de la sociedad X como una aparente transformación económica de la pretensión del condenado, con fines mal avenidos al cumplimiento del laudo pronunciado, habría que reconocer que dicha sociedad no se halla en relación a los bienes aportados por aquel, y embargados para la ejecución del laudo, en el concepto de tercero, como es indispensable para considerarlo como tal.

Hay que observar que a veces la jurisprudencia niega la condición de tercero a quien siéndolo carece de buena fe, olvidando que una cosa es ser tercero y otra estar o no en buena fe, de suerte que se puede ser adquirente pero sin ser tercero hipotecario, por no llenar el mismo este requisito de la buena fe, indispensable para merecer la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La sentencia de 6 de julio de 1945 también tiene interés aquí. Recayó en un caso de aportación de finca a una sociedad, conociendo el aportante y los demás que intervinieron en la constitución de la misma el vicio que afectaba a la titularidad de dicho aportante. Y el Tribunal Supremo, en esta sentencia, resolvió que, según reiterada jurisprudencia, para ser amparado el tercer adquirente por la fe pública del Registro debe reunir las circunstancias requeridas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, entre las cuales haya la de tener buena fe el tercer adquirente, y como todas las personas que concurrieron a formar dicha sociedad X conocían, en el momento de la constitución de la misma, la existencia del contrato de permuta celebrado entre TICIO y CAYO, cuya resolución se debatió en el pleito, y que recaía sobre la casa aportada por TICIO, es manifiesto que no se daba el requisito de la buena fe, y, por tanto, no podía tener tal sociedad la condición de tercero a los efectos derivados de la protección del Registro. Esta sentencia adolece de la misma confusión que la anterior.

Por último, la sentencia de 24 de octubre de 1989 trata de un caso de identidad de dos personas jurídicas, que supone que no cabe apreciar la existencia de buena fe».

<sup>11</sup> CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. 3.ª ed., febrero de 2021, Thomson-Reuters.