

2. DERECHO MERCANTIL

Protocolo familiar, pactos parasociales y sucesión contractual en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020

Family protocol, shareholders agreements and contractual succession after a first approximation to the Supreme Court ruling of February 20, 2020

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

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

RESUMEN: Tratamiento de los Pactos parasociales y sucesión contractual en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020

ABSTRACT: *Treatment of shareholders agreements and contractual succession in the Supreme Court ruling of February 20, 2020*

PALABRAS CLAVE: Pactos parasociales y sucesión contractual.

KEY WORDS: *Shareholders agreements and contractual succession.*

SUMARIO: I. UN CASO PARTICULAR DE SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 2020 (¿PACTUM CORVINUM?).—II. SOBRE LA DENUNCIA AD NUTUM DE LOS PACTOS PARASOCIALES.—III. LA CONTROVERSIA SOBRE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL PACTO SOBRE LA HERENCIA DE UN TERCERO EN ESTE CASO.—IV. EPÍLOGO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. UN CASO PARTICULAR DE SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 2020 (¿PACTUM CORVINUM?)

En primer lugar hemos de confesar que una primera lectura de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 120/2020 de 20 de febrero de 2020 (*JUR* 58226, 2020)

nos puede llevar a considerar que solo nos encontramos ante un supuesto de denuncia *ad nutum* de un pacto parasocial, aunque tras unas primeras reflexiones motivadores de estas líneas ya que a buen seguro se podrán y deberán decir más cosas posteriormente sobre esta curiosa sentencia podemos sostener que ello no es (en principio) correcto coincidiendo con el Profesor MIQUEL GONZÁLEZ¹ en que mucho de lo que dice la meritada sentencia se aparta realmente del verdadero caso sometido a casación, ofreciéndonos multitud de afirmaciones *obiter dicta*, incluso si no erróneas, sí muchas de ellas gravemente cuestionables, resultando que lo que también debería haberse discutido a nuestro juicio es que efectivamente el caso debatido versaba también sobre la validez de un pacto sobre la herencia de un tercero (*pactum corvinum*)² y no solo de un problema de desistimiento *ad nutum* de pactos parasociales ni de pretendidas justificaciones sobre prohibición de vinculaciones perpetuas en nuestro Código civil³, como después exponemos infra II con especial incidencia de ello en relación con el pacto de dedicación exclusiva de los socios litigantes a la actividad empresarial familiar.

Como resumen de antecedentes la propia sentencia del Tribunal Supremo nos expone lo siguiente:

1. Los antecedentes del conflicto entre las partes se remontan a la fundación del grupo familiar Z., creado por D. _____. En los años setenta se incorporaron a la gestión del grupo D. _____ y D. _____ (sus hijos varones).

2. El 18 de julio de 1983 se suscribió un protocolo familiar entre todos los hijos del señor Z. _____, denominado «Convenio de Directrices, Relaciones y Coeficientes de Participación del Grupo Económico Z.» con objeto de regular, según la terminología empleada en la demanda, «las reglas de contenido moral y jurídico a las que se someterían a partir de entonces las relaciones con la empresa, con la finalidad de garantizar la supervivencia y continuidad de la empresa en el futuro y la armonía y convivencia entre los distintos grupos de accionistas». En dicho documento, en lo que ahora importa, se procedía a repartir y adjudicar las participaciones societarias de las sociedades integradas en grupo del siguiente modo: D. _____ recibiría el 28% de las acciones y participaciones, D. _____ el 26%, y las otras dos hermanas, D.^a _____ y D.^a _____, un 23% cada una de ellas.

3. El grupo empresarial, compuesto de varias sociedades, mantuvo su capital distribuido en los porcentajes antes indicados, hasta que varios de los hermanos (sin intervención de los demandantes) decidieron proceder a la celebración de las permutas, compraventas y donaciones de las acciones y participaciones sociales que ahora se pretenden anular, y que son en concreto las siguientes:

a) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Norberto González Sobrino, con número 1201 de su protocolo.

b) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Vicente de Prada Guaita, con número 1169 de su protocolo.

c) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Carlos de Prada Guaita, con número 923 de su protocolo.

d) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Fernando Fernández Medina, con el número 1152 de su protocolo.

e) Escritura de compraventa de participaciones sociales, de donación y de compraventa de acciones otorgada, en fecha 26 de febrero de 2014, ante la Notario D.^a Almudena Zamora Ipas, con el número 594 de su protocolo.

f) Escritura de compraventa de participaciones sociales, de donación y de compraventa de acciones autorizada por la notario D.^a Almudena Zamora Ipas, en fecha 25 de julio de 2014, con el número 2.487 de su protocolo.

4. Los Sres. Z. ____ y ____, interpusieron una demanda contra los Sres. que han quedado reseñados en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interesando los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena: 1.º Se declare que los demandados han incumplido, de forma deliberada y dolosa el denominado protocolo familiar, suscrito en fecha 18 de julio de 1983. 2.º Se declare la obligación de los demandados de cumplir forzosamente dicho protocolo y, concretamente, de respetar y hacer respetar los porcentajes de participación en el accionariado de las empresas que componen el Grupo Z. estipulados en el susodicho protocolo familiar, así como el derecho de todas las ramas familiares a estar representadas en el órgano de Administración de cada una de ella, debiendo otorgar cuantos documentos públicos y privados sean necesarios para dejar sin efecto, los contratos de permuta suscritos en fechas 23 de julio de 2013 y 26 de febrero de 2014. 3.º Se declare la obligación de los demandados de indemnizar, solidariamente entre sí, a mi representado D. ____ Z. ____, en la cantidad de 275.640,24 € [...], más los intereses legales desde la fecha de interposición de esta demanda. 4.º Se declaren nulas y sin efecto y validez jurídica, las escrituras públicas suscritas por los demandados reseñadas en el anterior apartado de este fundamento jurídico. 5.º Deberán reintegrarse los demandados el precio y las acciones y participaciones sociales intercambiadas, de modo que sus porcentajes de participación de las empresas del Grupo Z. vuelvan a ser las que eran antes de formalizar las escrituras públicas declaradas nulas. 6.º Se imponga el pago de las costas legales a todos los demandados.

5. La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar que: (i) el documento cuya vulneración se denuncia no integra un negocio fiduciario, sino una declaración de intenciones sobre cómo debe regirse el grupo empresarial familiar, que si bien prevé algunas consecuencias jurídicas en determinadas cuestiones (por ejemplo, en caso de infringir la prohibición de concurrencia), las omite en otras materias; (ii) en particular respecto del reparto de las acciones y participaciones de los padres, se asemeja a un pacto sucesorio, forma de sucesión que no contempla el artículo 658 del Código civil (LEG 1889, 27) y proscribe el artículo 1271 al disponer que «...sobre la herencia futura no se podrá sin embargo celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056...»; (iii) además el pacto contenía una cláusula octava en virtud de la cual «se firma el presente Convenio como ratificación del compromiso moral y de honor de cumplirlo y hacerlo cumplir en todo su contenido para conseguir la mejor cohesión del grupo Z., y llevar adelante los negocios y relaciones familiares con el talante de concordia, honradez y laboriosidad que nuestros padres han tratado siempre de infundirnos», apelación al honor y al compromiso moral que no tiene el alcance de una prohibición o limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, cuyo régimen es el propio de las sociedades capitalistas; (iv) en consecuencia los criterios de reparto de las acciones y participaciones fijados en el convenio del año 1983 no se traducen en un sistema de participación conjunta, sino que son más bien un desiderátum de que las empresas se mantuvieran unidas en el mismo grupo y como sistema de reparto de acciones y toma de decisiones conjunto con vocación de ir incorporando a miembros de las diferentes ramas de la familia; (v) de todo ello no se desprende que la causa de los diferentes negocios

de permuta sea ilícita ni su finalidad la defraudación, sino que su finalidad era modificar la configuración del patrimonio familiar, desbancando al demandante del control de determinadas sociedades, cosa que, a la vista de lo razonado no puede entenderse contrario a derecho ni estrictamente contrario al pacto de 1983

6. Recurrida la sentencia de primera instancia por los Sres. Z. ____ y ____ ____, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, entendiendo que estamos ante una cuestión estrictamente jurídica relativa a la interpretación del protocolo familiar de 1983, y confirma la interpretación del protocolo familiar hecho por el juzgado de primera instancia, incidiendo en los siguientes aspectos: (i) se trata de un convenio hecho en previsión de la futura sucesión de la empresa familiar que si bien excede de un mero acuerdo moralmente exigible (y de hecho la distribución de coeficientes se mantuvo en cumplimiento de lo pactado no solo tras la muerte de los padres y abuelos de los litigantes, sino también durante muchos años más, cumpliéndose así el compromiso respecto de una sucesión ordenada tras el fallecimiento de la primitivos titulares de las sociedades); (ii) sin embargo, dichos criterios de reparto del capital social de las distintas sociedades del grupo no obligan a un mantenimiento perpetuo de dichos coeficientes, lo que sería contrario a la ley; (iii) el protocolo familiar no incluye ninguna prohibición de transmisión de acciones y participaciones por sus titulares, por lo que los distintos negocios impugnados de permuta, compraventa y donación de acciones son válidos al no estar prohibidos por la ley ni por el convenio; (iv) tampoco impone el protocolo la imposibilidad de cesar a los consejeros; (v) que no se ha acreditado que en los citados negocios transmisivos concorra causa ilícita, pues su finalidad fue la modificación de la configuración del patrimonio familiar; y (vi) en cuanto a la alegación de los demandantes relativa a la doctrina de los actos propios y su vulneración al no aplicarla la sentencia de primera instancia respecto de la conducta de los demandados, la Audiencia señala que los propios apelantes intentaron solventar la crisis del grupo de empresas familiar, primero mediante la escisión de sociedades y, después, por su propia iniciativa de comprar o vender participaciones de otros hermanos en las empresas familiares a través de su hijo.

Con propiedad en el FJ núm. 4 de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020, se afirma lo siguiente:

«Es lícito que la recurrente defienda una interpretación del protocolo familiar basada en la consideración de que en el mismo se imponía, por la vía de la obligación del mantenimiento de unos determinados coeficientes de propiedad en el capital social de las sociedades integradas en el grupo empresarial familiar, una prohibición o limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales en que se divide aquel, sin límite de plazo, y que por ello disienta de la interpretación que la sentencia recurrida ha sostenido en su fundamentación.

Pero, como resulta de la jurisprudencia antes reseñada, en sede del recurso de casación debe prevalecer el criterio interpretativo de la regulación contractual hecha por el tribunal de instancia aunque dicha interpretación no sea la única posible, incluso en aquellos casos en que cupiera alguna duda razonable acerca de su acierto, pues este tribunal de casación solo puede revisar dicha interpretación contractual para corregir no su oportunidad, conveniencia o pleno acierto (en caso de ser posible más de una interpretación), sino exclusiva y excepcionalmente su posible ilegalidad, arbitrariedad o contradicción con el raciocinio lógico.

Tachas que no cabe imputar a la interpretación asumida y argumentada por la Audiencia Provincial cuando niega la existencia de dicha prohibición o limitación en la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales temporalmente ilimitada, al vincular los compromisos asumidos en el protocolo familiar a la finalidad de facilitar una ordenada sucesión en las empresas familiares para el caso y momento del fallecimiento de sus fundadores. Así resulta de la sentencia cuando afirma que «[...] en dicho acuerdo, dicho reparto de acciones y participaciones de las sociedades, no se (sic) obliga a una persistencia perpetua de dichos coeficientes [...]», o que «[...] el Protocolo tan solo perseguía un compromiso respecto a la sucesión ordenada tras el fallecimiento de los primitivos titulares de las acciones, lo cual se cumplió [...]».

O sea, el debatido Protocolo Familiar —en lo que ahora interesa y desde el parco conocimiento de su clausulado que nos ofrecen las sentencias de instancia, apelación y casación—, tiene como objeto la ordenación de la sucesión en las empresas familiares y no una prohibición de disponer (*lock up*) de las acciones / participaciones de las mismas, configurativas de un pacto parasocial de relación, por lo que insistimos, en que a nuestro juicio, el debate debiera haberse propuesto también desde la óptica de los pactos sucesorios y no solo desde el prisma de los pactos parasociales en cuanto al análisis de la validez y eficacia de dicho pacto (art. 1271.2 CC), aunque como después exponemos infra II, sin que pueda desdennarse el análisis de la cuestión desde la incidencia que sobre la misma tiene el pacto de dedicación exclusiva de los socios a la actividad empresarial familiar.

II. SOBRE LA DENUNCIA *AD NUTUM* DE LOS PACTOS PARASOCIALES

Pese a que la cuestión hubiera de haberse fundamentado también en considerar la validez del pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero amén de la posibilidad de denuncia *ad nutum* de los pactos parasociales, hemos de manifestar nuestra coincidencia con el sentir de la doctrina que al respecto sentara PAZ-ARES con sumo acierto en sus análisis sobre los pactos parasociales⁴.

Por ello, no podemos compartir que los pactos parasociales en todo caso puedan ser denunciabiles *ad nutum*, sin que consideremos correcto el razonamiento y fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de (Sección 6.^a) núm. 24/2017 de 17 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 270911) que considera denuncia-ble *ad nutum* un pacto de sindicación de voto de acciones, al exponer lo siguiente:

«Ante este planteamiento, ha de recordarse que es lícita la resolución unilateral del contrato "intuitu personae", exigiéndose que el disidente exprese su voluntad de dar por concluido el contrato (art. 1700.4.º CC), y que (como ocurre en los pactos objeto de litis), no se haya pactado un plazo de duración de la relación contractual, y así, en el contrato de sociedad se permite a los socios disolverla cualquiera que sea la razón del desistimiento, pues así ha de interpretarse el artículo 1700.4 del Código civil, como también el artículo 224 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1993, 6 de marzo de 1992, 16 de junio de 1995). Se admite así la resolución unilateral en este tipo de contratos por pérdida de la confianza necesaria de una parte respecto de la otra, pero la consecuencia es que dicha resolución unilateral lleva

consigo la indemnización de daños y perjuicios, que solamente se excluye si se prueba suficientemente una causa grave que justifique la extinción del contrato. La STS de 11 de diciembre de 1990 clarifica esta cuestión en relación a los contratos de arrendamiento de servicio al decir que todos los contratos en que la relación es de algún modo "intuitu personae" permiten la resolución unilateral, como ya se ha dicho en jurisprudencia reiterada y conocida, pero siempre habrá de percibir el arrendador el precio pactado y en la forma prevista en el contrato y, en todo caso, manteniendo el arrendatario la posibilidad de desistir en cualquier momento, bien que sin perjuicio de indemnizar los beneficios dejados de obtener en caso de que el pacto tuviera duración o terminación previstas, y en idéntico sentido se pronuncian las STS anteriores de fechas 8 de abril de 1991, 11 de diciembre de 1990, y 25 de noviembre de 1983, precisando esta última que cuando se ha establecido un plazo de duración, evidentemente en interés común de ambas partes contratantes, aunque la facultad de revocación subsiste si se impone antes de la expiración del plazo debe indemnizarse, si bien ello no es así cuando se ha demostrado que media justa causa dimanante del incumplimiento de lo pactado por parte del arrendador.

En este sentido, recoge la doctrina la Sentencia de 9 de octubre de 1997 en los siguientes términos literales: «En estos supuestos de duración indeterminada las relaciones obligatorias creadas son válidas, pero conforme a nuestra tradición jurídica, doctrina científica y decir del Código civil (arts. 400, 1052, 1583, 1594, 1700.4.º, 1705, 1723.1.º, 1733, 1750 y 1775, así como 279 del Código de Comercio), resulta que hay que admitir la imposibilidad de reputarlas perpetuas por lo que les asiste a los contratantes facultad de liberación de las mismas, mediante su receso, producido por la resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas. La jurisprudencia de esta Sala así lo ha entendido, con aplicación a los contratos de distribución o concesión en exclusiva, supuesto que presentan analogías con el de autos (SS. de 18-3 y 28-5-1966 y 21-10-1966, 11-2-1984, 22-3-1988, 3-10-1992, 16-10-1995, 17-10-1995, 25-1-1996 y 14-2-1997 [RJ 1997\1418], entre otras)».

En la misma línea, la STS de 19 de mayo de 1999 afirma que el problema que se plantea en estos contratos, es el de su extinción; problema que no se da si se pacta expresamente o, por lo menos, se pactan condiciones de la misma, y según doctrina jurisprudencial, muy reiterada, en tales casos, cabe resolución («rectius», extinción) unilateral, por una u otra de las partes contratantes, lo cual da lugar a indemnización de daños y perjuicios, si estos se prueban y si se ha hecho sin justa causa o con abuso de derecho.

Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, el recurso procede ser estimado en este extremo respecto de los pactos parasociales de sindicación pues resulta erróneo exigir la concurrencia de justa causa para la extinción de los pactos a instancia de uno de los contratantes, sino que, de conformidad con los artículos 1700.4.º en relación a los artículos 1705 y 1707 del Código civil, los pactos parasociales objeto de litis pueden extinguirse por la sola voluntad de cualquiera de los socios, toda vez que no se ha señalado término para su duración.

Al respecto, el segundo párrafo del artículo 1705 dispone: «Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios», exigiéndose

solo el justo motivo en el artículo 1707 para que un socio pueda reclamar la disolución de la sociedad cuando esta ha sido constituida por tiempo determinado, lo que no es el caso al haberse pactado una duración indefinida de los pactos de 28 de abril de 2010.

Debe concluirse que la denuncia unilateral de los pactos comunicada por el demandante a las otras socias el 23 de marzo de 2011 tiene el efecto de la extinción de dichos pactos parasociales pues la única excepción que establece el artículo 1705 para que la renuncia no tenga ese efecto es que no se haya hecho de buena fe en tiempo oportuno, y en la contestación a la demanda, ya se ha dicho, las demandadas en ningún momento se oponen a la renuncia del demandante porque se haya hecho de mala fe o en tiempo inoportuno, sino por otros motivos referidos fundamentalmente al no incumplimiento contractual por las demandadas de los pactos suscritos que, como se ha dicho, resultan intrascendentes para la eficacia de la extinción unilateral por uno de los socios en los contratos de naturaleza “*intuitu personae*” pues pueden darse por finalizado, bien que indemnizando en los casos en que la resolución se efectuara con mala fe y causando daños, si estos se prueban, según reiterada jurisprudencia expuesta.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial de la demanda declarando la ineficacia del pacto de sindicación objeto de litis por la renuncia del demandante efectuada y comunicada el 23 de marzo de 2011».

En nuestra opinión no basta el carácter indefinido del pacto y su cualificación como convenio *intuitu personae*, sino que en línea de lo razonado con PAZ-ARES, resulta necesaria para dicha denuncia que el pacto sea opresivo y que por tanto contenga una obligación de efectuar una prestación que suponga la necesaria defensa de la denunciabilidad *ad nutum* a modo de lo que sucede en el seno de las sociedades profesionales donde se prevé tal facultad para el socio profesional (art. 13 LSP) precisamente por la vinculación que tiene el socio profesional de realización de su actividad como prestación accesorio.

Ya hemos sentado que tras la lectura de la sentencia podemos observar como el Protocolo Familiar litigioso tiene como objeto la ordenación de la sucesión en las empresas familiares y no una prohibición de disponer (*lock up*) de las acciones/participaciones de las mismas, configurativas de un pacto parasocial de relación.

Pese a ello, no hemos de pasar por alto como la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020 recoge (FJ 3.º, apdo. 4) también lo siguiente:

«En concreto hay que destacar los siguientes datos: a) el protocolo familiar controvertido no ha sido objeto de ninguna de las modalidades de publicidad registral previstas en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero (RCL 2007, 526); b) no contiene ninguna cláusula penal para garantizar su cumplimiento, con excepción de la referida al supuesto de incumplimiento por partes de los socios gestores del pacto de exclusividad (dedicación exclusiva a la empresa familiar); c) tampoco se incorporó a la esfera corporativa mediante el instrumento de exigir su cumplimiento como prestación accesorio prevista en estatutos (obligación de hacer); y d) finalmente, tampoco consta modificación o adaptación de los estatutos sociales para establecer reglas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales concomitantes con los porcentajes de participación previstos en el protocolo familiar».

Al hilo de lo anterior la Sentencia de instancia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Majadahonda de 23 diciembre de 2015 (*JUR* 2020, 58228) (FJ1.^o), igualmente explicaba las características del objeto del Protocolo Familiar del siguiente modo: «*Lógicamente debe analizarse el documento dos aportado por la parte actora, y denominado “Convenio de Directrices, Relaciones y Coeficientes de Participación del Grupo Económico Zapata”. El mismo presenta como pósito la “indiscutida e indiscutible” Autoridad y Preponderancia (sic) del fundador del grupo familiar y su esposa, con avocación de la titularidad de todas las acciones y participaciones de todas las empresas del grupo. Se añade que como principio inspirador la “consideración de que para la Gestión y Desarrollo del Grupo económico es imprescindible que haya una Dirección General que marque la política a seguir, exija su cumplimiento y coordine todas las acciones...”*. Es decir, se establece un principio rector, pero no parece que lo anterior suponga una tajante vinculación al grupo en el sentido propuesto en la demanda. Inmediatamente después se hace un reparto porcentual de acciones y participaciones en cada una de las sociedades del grupo. Y el documento no establece ninguna limitación a la libertad de transmisión de participaciones. Sí que prevé consecuencias jurídicas para otras cuestiones. Así la ruptura del pacto de no exclusividad conlleva (cláusula quinta) “la pérdida del puesto de trabajo” y “una penalización económica del diez por ciento de las acciones”».

O sea, el pacto parasocial no solo ordenaba la sucesión empresarial pactándose sobre la herencia de un tercero con la trascendencia que ello tiene como veremos posteriormente, sino que también se acuerda en el mismo que los familiares (socios gestores) tenían que tener una dedicación exclusiva a la empresa familiar resultando que su incumplimiento no solo llevaría aparejada la pérdida del puesto de trabajo sino también una penalización económica del diez por ciento de las acciones (suponemos, que del valor económico correspondiente a dicho porcentaje).

En este momento es cuando debemos manifestar nuestra postura concerniente a la caracterización general de los pactos parasociales como sociedades civiles internas de duración indeterminada⁵ lo que nos hace ubicar la posibilidad de denuncia unilateral *ad nutum* en el análisis de los artículos 1705 y 1706 del Código civil, pero ello nos lleva también a tratar el problema del pacto sucesorio de la herencia de un tercero no solo desde la genérica prohibición del artículo 1271.2 del Código civil sino desde la específica proscripción de lo previsto en el artículo 1674.2 del Código civil y la posibilidad de aplicación del mismo a este caso particular, como con posterioridad tendremos oportunidad de desarrollar.

Llegados a este punto hemos de retomar la idea apuntada de que a nuestro juicio solo el pacto parasocial que imponga una obligación de prestar o hacer al firmante puede ser considerado opresivo y por tanto susceptible de ser denunciante *ad nutum*. En nuestro caso, tal denunciabilidad *ad nutum* no puede analizarse ni siquiera respecto con un inexistente pacto parasocial de relación de intransmisibilidad de acciones/participaciones sociales ya que como decíamos esto no es objeto de pacto en el Protocolo Familiar y aunque así fuera entendemos que por sí solo dichos pactos parasociales de relación no son denunciabiles *ad nutum* al no conllevar la obligación de prestación opresiva a la que habíamos hecho referencia, si no es con atención al pacto de dedicación exclusiva.

Sin embargo, en el Protocolo Familiar analizado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020 veíamos como sí que recogía una obligación de dedicación exclusiva de los socios gestores a prestar sus servicios en el ámbito de las empresas del grupo familiar, lo que sí supone en nuestra opinión que dicho

pacto indefinido de prestación exclusiva de servicios suponga una obligación de prestar que justifique (por sí solo considerado) la denuncia *ad nutum* del controvertido Protocolo Familiar; si no existieran mecanismos de salida del socio convenidas en el pacto parasocial (lo que desconocemos)⁶ aunque esta posibilidad haya de reconsiderarse en función de la naturaleza de pacto sucesorio de la herencia de un tercero y por mor de la posible aplicabilidad del artículo 1674.2 del Código civil, como luego veremos.

Adviértase que puede sostenerse como contra argumento a lo anterior, aunque entendemos que sin razón, que el socio en cumplimiento de su deber de fidelidad no puede efectuar competencia con la sociedad (cfr. art. 1683 CC) y que por ello cualquier pacto parasocial sería denunciabile *ad nutum*. La debilidad de ello ha de caer por su propio peso ya que es diferente la obligación de no competir que la obligación de prestar o hacer consistente en llevar a cabo actividades de servicios para la sociedad, puesto que se puede no competir y sin embargo no prestar servicios a la sociedad, obviamente⁷.

III. LA CONTROVERSIA SOBRE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL PACTO SOBRE LA HERENCIA DE UN TERCERO EN ESTE CASO

Como hemos venido sosteniendo resulta ciertamente sorprendente que el debate no se haya suscitado a lo largo de las instancias del pleito que dio lugar a la casación resuelta por esta Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020 desde la óptica del pacto sucesorio, ya que como se encarga de recordarnos la sentencia de casación el Protocolo Familiar tiene como finalidad ordenar la sucesión de la empresa familiar como compromiso fundamental⁸.

Pues bien ¿resulta lícito dicho pacto sobre la herencia de un tercero en este caso que permitiera seguir sosteniendo la apuntada anteriormente viabilidad de la denuncia *ad nutum* por la existencia del pacto de dedicación exclusiva so pena de perder el puesto de trabajo por parte de los socios gestores del grupo familiar, según lo convenido en el Protocolo Familiar?

Para dar respuesta a lo anterior, entendemos que no solo hemos de atender con carácter general a la admisibilidad en nuestro Derecho del pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero (art. 1271.2 CC) sino también y de forma particular a la previsión que sobre ello se extrae de la normativa de la sociedad civil (art. 1674.2 CC) aplicable al Protocolo Familiar por su conceptualización de pacto parasocial y por tanto de sociedad civil interna.

En primer lugar, respecto de la admisión o no del pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero partimos de su tradicional rechazo doctrinal y posible admisibilidad jurisprudencial si se trata de cosas particulares y no de la universalidad de la herencia, aunque en realidad no se trata de un auténtico pacto sucesorio⁹.

REQUEIXO SOUTO¹⁰, creemos que se muestra inicialmente favorable a la admisibilidad del pacto sobre la herencia de un tercero en atención a un argumento histórico¹¹ al afirmar que: «Por lo tanto, actualmente el ap. 2.º del artículo 1271 Código civil no declara expresamente la prohibición de los pactos sobre la herencia de un tercero, por lo que es —en teoría— posible una interpretación favorable a su admisión en cuanto no limitan la libertad de este para testar».

El citado autor realiza un repaso jurisprudencial sobre la cuestión mostrándonos como el Tribunal Supremo —Sentencia de 25 de abril de 1951 (RJ 1951, 1615)— y determinadas Audiencias Provinciales —Sentencia de la Audiencia Pro-

vincial de A Coruña de 26 de abril de 2002 (AC 2002, 2225)¹²— se han mostrado partidarias de admitir el pacto sobre la herencia de un tercero siempre y cuando tengan como objeto determinados bienes del causante y no la generalidad de los mismos¹³, y concluye¹⁴ que: «Sin embargo la interpretación del Alto Tribunal, excepto en la STS de 25 abril de 1951 (RJ, 1951, 1615), se refiere a pactos de institución o de suceder en los que el bien concreto forma parte del patrimonio actual del otorgante. No parece que el criterio del objeto universal/particular deba aplicarse a los pactos sobre la herencia de un tercero o dispositivos, en cuanto los bienes jurídicos protegidos, y en su caso infringidos, (libertad de testar, evitar el *votum mortis* y las vinculaciones de patrimonios) lo serán por igual».

En realidad el sentir mayoritario doctrinal ha venido consistiendo en la proscripción del pacto sobre la herencia del tercero aunque no es menos cierto que existe una tendencia favorable a la admisibilidad de los pactos sucesorios y también del pacto sobre la herencia de un tercero en la actualidad, que nosotros compartimos.

Por ejemplo, ESPEJO LERDO DE TEJADA¹⁵ ya se pronunció sobre ello de la siguiente forma: «Dada la negativa valoración que siempre han merecido los pactos sobre la herencia de un tercero no nos parece que quepa dudar de que la genérica prohibición de los contratos sobre herencia futura en nuestro Derecho abarque también esta reprobada figura. Por ello estaría prohibidos todos los pactos que versen sobre la totalidad de la herencia de un tercero, tengan contenido positivo o negativo. Según esto en nuestro Derecho no se conocerían las excepciones del Derecho romano a la contratación sobre herencia ajena, que eran dos: el contrato de sociedad en el que se ponían en común las herencias futuras genéricamente consideradas que adquieran los socios, y cualquier otro contrato si la persona de cuya sucesión se tratara consentía en el pacto y mantenía su voluntad hasta la muerte. En cuanto a lo primero, el artículo 1676.2 [en realidad, 1674.2 CC] de nuestro Código expresamente rechaza que en el contrato de sociedad se pongan en común las adquisiciones que en el futuro puedan hacer los socios por título hereditario.

En el segundo supuesto cabría preguntarse, si, desapareciendo las negras tintas propias del pacto sobre la herencia de un tercero a causa del consentimiento del principalmente afectado por el mismo —el tercero de cuya sucesión se dispone—, o por haberse producido la sucesión de forma compatible con el pacto no cabría ver convalidado el acuerdo. Algo así parece haberse admitido en el supuesto de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 22 de julio de 1997».

Respecto de la revisión doctrinal y los argumentos dados recientemente en cuanto a la admisibilidad del pacto sucesorio (también para el *pacta de hereditate tertii* como el presente, aunque no se trate de un auténtico pacto sucesorio y sí contractual), destacamos los que nos ha ofrecido OLMEDO CASTAÑEDA¹⁶:

1. El principio general de prohibición de los pactos sucesorios en el ámbito del Derecho común, consagrado en los artículos 816 y 1271.2 del Código civil, constituye una restricción a la autonomía de la voluntad o autonomía privada proclamada por el artículo 1255 del Código civil y cuya *ratio* o fundamento ha dejado de tener la consistencia que en otros tiempos justificó su imposición legal, de tal manera que la nueva y actual realidad social exige, no ya una interpretación de la norma conforme con ella (*ex art. 3.1 CC*), sino una nueva normativa capaz de dar respuesta a las nuevas demandas sociales.

2. El contrato sucesorio se configura como un instrumento formal que permite dar cauce jurídico a la voluntad de los otorgantes, con unas peculiaridades propias y específicas que lo distinguen del testamento, ampliando así el abanico

de posibilidades que el Derecho pone a disposición de los particulares, por todo lo cual debe potenciarse la contratación sucesoria.

3. La admisibilidad clara y explícita de la sucesión contractual evitaría la existencia de contratos simulados que, celebrándose con la apariencia de contratos *inter vivos*, persiguen, en realidad, efectos *mortis causa*.

4. En el caso concreto de la sucesión en la empresa familiar, el contrato sucesorio representa una alternativa de gran eficacia jurídica que se erige en instrumento negocial idóneo para asegurar su conservación y continuidad intergeneracional, siendo prueba inequívoca de ello su admisión y regulación generalizada en las legislaciones forales (donde ha existido tradicionalmente una fuerte vinculación entre la propiedad y la familia), así como los importantes pasos dados en esta materia por los vecinos Derechos francés e italiano.

En este sentido, en el Fórum Europeo sobre Transmisión de Empresas de mayo de 2006 se recomendó la sucesión contractual como mecanismo que facilita la transmisión de empresas, si bien se centró más la atención en la enajenación *inter vivos*.

5. Finalmente, en atención a la creciente preocupación mostrada por el legislador estatal y autonómico respecto de las nuevas situaciones convivenciales surgidas en nuestra sociedad, y con el fin de evitar el aislamiento de las personas mayores (cuya esperanza de vida es cada vez más elevada, su sostenimiento económico más costoso y su cuidado más desatendido por los familiares), proponemos incluir en la futura regulación del pacto sucesorio una nueva funcionalidad del mismo que cubra las deficiencias normativas existentes en esta materia (como la parca regulación sobre el contrato de alimentos contenida en los arts. 1791 a 1797 CC).

En nuestra opinión realmente y de *lege data* se hace bastante difícil sostener la admisibilidad del pacto sobre la herencia del tercero y solo con ayuda a las resoluciones jurisprudenciales citadas que nos invitan a aceptar dicho pacto cuando verse única y exclusivamente sobre bienes particulares y no sobre la generalidad de la herencia podríamos sostener *ab initio* la validez del Protocolo Familiar debatido en esta casación.

Aunque pese a dicha dificultad en la admisibilidad no es menos cierto que nos mostremos inclinados a la misma al rechazar argumentos que tradicionalmente se han sostenido en contra de dichos contratos, en particular como que se trate el pacto sobre la herencia de un tercero de un «*pactum corvinum*» ni que el mismo atente contra la libertad de testar ya que en nada influye sobre la misma la existencia de esta convención¹⁷.

No obstante, lo anterior si alguna duda pudiera albergarse *ab initio* y de *lege data* y desde un punto de vista genérico sobre la admisibilidad del pacto sobre la herencia del tercero del que estamos tratando, a saber, el reparto accionario entre el grupo familiar en orden a la procura de la ordenada sucesión de la empresa familiar, las mismas se nos presentan también si atendemos a la posible aplicación al caso de lo previsto en el artículo 1674.2 del Código civil, que expresamente proscribire la validez de estos pactos en el seno de la sociedad civil cuando se afirma rotundamente lo siguiente:

En la sociedad universal de todos los bienes presentes, pasan a ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecían a cada uno, así como todas las ganancias que adquieran con ellos.

Puede también pactarse en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los

socios adquieran posteriormente por herencia, legado o donación, aunque sí sus frutos.

Para llegar a la posible aplicación del artículo 1674.2 del Código civil al caso de Autos hemos de volver a colacionar en estos momentos el carácter de sociedad civil interna del que gozan los pactos parasociales según hemos expuesto con anterioridad. Por tanto, en orden a una adecuada construcción lógica del discurso nos resta acudir a la regulación que en el plano jurídico obligacional que no jurídica real ha de presidir el régimen de la sociedad civil interna, que no es otro que el de las normas del contrato de sociedad¹⁸ y por ende, en nuestro caso, a la posible aplicación de lo previsto en el artículo 1674.2 del Código civil, precepto que impide el pacto entre los socios de incorporar a la sociedad lo adquirido por herencia, legado o donación, aunque no los frutos de ello¹⁹. Nótese que en este caso propio, la contraposición universalidad o particularidad carece de relevancia para la admisibilidad del pacto sobre la herencia del tercero en el seno de una sociedad civil interna (pacto parasocial) puesto que la contemplación de ambos supuestos está prevista en dicha norma desde que se recogen con el mismo carácter prohibitivo lo adquirido por herencia (universalidad) como por legado (singularidad).

Sin embargo, aún hemos de atender a un problema en cuanto a la aplicación al presente caso de lo previsto en el artículo 1674.2 del Código civil y la solución no se antoja fácil, a saber, la referida norma está destinada a ser complemento de regulación de la sociedad universal de bienes ante lo cual nos deberíamos preguntar si efectivamente el Protocolo Familiar (pacto parasocial) puede ser considerado una sociedad universal de bienes o se trata de una sociedad particular; dentro de las posibilidades que nos ofrece el artículo 1671 del Código civil.

Parece claro que desde un punto de vista exclusivamente cuantitativo deberíamos estar hablando (teniendo presente el desconocimiento que tenemos sobre el contenido particular del Protocolo Familiar) de una sociedad particular, aunque no es menos cierto que la doctrina ha revisado este tradicional criterio cuantitativo que se venía manejando a la hora de deslindar ambos tipos sociales. PAZ-ARES²⁰ realiza un loable esfuerzo superador del referido criterio cuando opina lo siguiente: «Formulada la distinción en estos términos, enseguida advertimos que lo que el Código presenta como *summa divisio* resulta insustancial. La razón se halla en que la verdadera significación de la distinción se proyecta sobre otro plano, sobre el plano causal. La especificidad de la sociedad universal, en efecto, no se halla tanto en la comunicación de los patrimonios actuales o de las ganancias futuras de los socios, sino en el significado que dicha comunicación tiene en el plano causal: la intención de crear una comunidad de vida; o, mejor dicho tal vez, *la intención de dotar a la comunidad de vida previamente construida de una infraestructura patrimonial adecuada*. Se explica de este modo que el hábitat natural de dichas sociedades sea el ámbito familiar, pues fuera de él difícilmente pueden imaginarse unos vínculos personales tan estrechos como aquellos sobre los que se asientan las sociedades universales. Pese a ello, el mismo autor califica el ámbito residual y casi inexistente de la sociedad universal en la realidad práctica calificándola de «*pieza de arqueología jurídica*»²¹.

En función de lo anterior creemos que hemos de encontrarnos en el caso analizado ante una sociedad civil interna (pacto parasocial) de carácter particular y no universal de bienes, por lo que la prohibición del pacto de comunicación de lo que se adquiera en un futuro por herencia, legado o donación previsto en el artículo 1674.2 del Código civil no resulta aplicable a nuestro caso. No creemos

que sea tampoco una norma susceptible de aplicación analógica a la sociedad particular debido a la inexistencia de identidad de razón, puesto que la ratio del artículo 1674.2 del Código civil atiende a la prohibición de comunicación de bienes particulares, la cual no existe en la sociedad particular por el propio concepto de la misma, donde el objeto de la misma son «*cosas determinadas*» o «*empresa señalada*» ex artículo 1678 del Código civil, o sea, eliminándose la generalidad propia de la sociedad universal en la sociedad particular no se requiere razón de prohibición a dicha comunicación que pudiera suponer la adquisición por el socio en el futuro de una herencia, donación o legado.

IV. EPÍLOGO

Llegados a este punto, en nuestra opinión, solo mediante el recurso a los argumentos doctrinales que abogan por el beneficio de la aceptación de este tipo de convenios de pactos sobre la herencia de un tercero con ayuda en las escasas resoluciones jurisprudenciales que reconocen la validez del pacto sobre la herencia de tercero y con asiento en la eliminación del necesario consentimiento del tercero que se requería en la primitiva redacción del artículo 1271.2 del Código civil, podría sostenerse la validez del Protocolo Familiar (pacto parasocial) escrutado en esta casación civil. Dicha admisibilidad no deja de ser una tarea complicada de *lega data* aunque no compartamos los actuales argumentos que se esgrimen para sostener su prohibición (*votum mortis*, libertad de testar y vinculaciones perpetuas), por las razones que hemos venido apuntando a lo largo de este trabajo.

Por ello, solo si pudiéramos conservar salvado el pacto sobre la herencia del tercero podría admitirse el desistimiento *ad nutum* en este caso del pacto parasocial, no por el establecimiento de prohibición de disponer o restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones de la empresa familiar sino por la existencia en el Protocolo Familiar debatido de la obligación de desarrollo de actividades profesionales o prestaciones de servicios única y exclusivamente para la empresa familiar.

Pese a todo, sí que estimamos que podemos extraer dos conclusiones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020 y es que no estimamos que suponga *ratio decidendi* de la misma el desistimiento *ad nutum* de los pactos parasociales ni la admisibilidad del pacto sobre la herencia de un tercero aunque sea a título particular, por lo que para continuar despejando dudas sobre el particular creemos que aún debemos seguir esperando en el primer caso a la elaboración de un corpus jurisprudencial al respecto o amen de ello, incluso a una reforma legislativa que clarifique la postura a adoptar en el segundo caso.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLEJO Y DUARTE. *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, 1902.
DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 10.^a ed., Tecnos, 2006.
ESPEJO LERDO DE TEJADA. *La Sucesión Contractual en el Código civil*. Universidad de Sevilla, 1999.
MIQUEL GONZÁLEZ. <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2020/03/la-sentencia-del-supremo-sobre-el.html>

OLMEDO CASTAÑEDA. Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXII, 2019, fasc. II.

PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, 1993, T. II.

— La denuncia *ad nutum* de los contrato de duración indeterminada: entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo (Reflexiones a propósito de joint ventures y pactos parasociales). *Liber Amicorum* Juan Luis Iglesias. Uría Menéndez. Thomson Reuters-Civitas, 2014.

REQUEIXO SOUTO. Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271 ap. 2., del Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. IV.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1951 (*RJ*, 1951, 1615)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 120/2020 de 20 de febrero de 2020 (*JUR* 2020, 58226)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de abril de 2002 (*AC* 2002, 2225)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de (Sección 6.^a) núm. 24/2017 de 17 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 270911)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Madrid de 23 de diciembre de 2015 (*JUR* 2020, 58228)

NOTAS

¹ MIQUEL GONZÁLEZ. <https://derechomercantiles.ana.blogspost.com/2020/03/la-sentencia-del-supremo-sobre-el.html>

² En palabras de MIGUEL GONZÁLEZ, —en la citada entrada del Blog del Profesor Alfaro— «Además, al parecer se trata de un pacto sobre la sucesión futura de los padres. Los hijos se reparten y adjudican las acciones y participaciones de sus padres en vida de estos, sin que estos intervengan, ni siquiera al modo del artículo 1056 Código civil. Si es así, conforme al artículo 1271 Código civil ese pacto es nulo. Pero sobre esto la sentencia del Tribunal Supremo no dice nada. El pacto sobre la sucesión de un tercero se ha denominado *pactum corvinum*. Este pacto, dice Lacruz, se ha considerado inmoral y nulo de pleno derecho en todas las legislaciones, salvo en algunas, si el causante presta su asentimiento y muere sin revocarlo (LACRUZ, *Derecho de Sucesiones I*, 1971 721)».

³ El propio MIQUEL GONZÁLEZ —de nuevo, en la citada entrada del Blog del Profesor Alfaro— nos recuerda (lo que compartimos) cómo no puede tomarse al pie de la letra las afirmaciones de la sentencia aludida sobre la prohibición de las vinculaciones perpetuas, cuando dice: «La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020, en vez de apelar a principios del Derecho posrevolucionario francés debía haber reparado en los preceptos del Código civil que se apartan de ese espíritu. El Código civil está de vuelta del liberalismo individualista radical de la revolución francesa. Por ejemplo, los artículos 788 y 1086 hablan de rentas o cargas perpetuas impuestas a los herederos, el artículo 1608 dice que es de esencia de los censos la perpetuidad, el 531 admite servidumbres personales en favor de una persona, comunidad o pueblo. Los artículos 781 y 785 establecen los límites a las sustituciones fideicomisarias y prohibiciones de disponer. Figuras suprimidas por el Código civil francés. También hay que tener en cuenta los artículos 395, 544, 575, 599 del Código civil. Quiero decir con todo esto que para determinar la duración de unos pactos parasociales es impropio apelar al espíritu del Derecho

posrevolucionario francés y, por el contrario, hay que atender a nuestro Código civil, tan descuidado e ignorado en tantas ocasiones.

De esos preceptos resulta que el remedio contra la vinculación permanente del deudor no es la nulidad como en el artículo 1583 respecto del arrendamiento de servicios, sino la capitalización de la renta (art. 788 CC) la redención del censo (art. 1608) o la transmisión o el abandono de la finca (art. 395, 544, 575 y 599). Otro medio en materia de obligaciones de carácter personal y tiempo indefinido es la denuncia *ad nutum* (1705 CC).

⁴ Concretamente, nos referimos con carácter principal al siguiente trabajo: PAZ-ARES. «La denuncia *ad nutum* de los contrato de duración indeterminada: entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo (Reflexiones a propósito de *joint ventures* y pactos parasociales)». *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*. Uría Menéndez. Thomson Reuters-Civitas, 2014, 838 y siguientes.

⁵ PAZ-ARES. La denuncia... (Vid. 842 y ss) razona sobre el particular lo siguiente: «Aun cuando no se trata de un presupuesto determinante o especialmente relevante para dilucidar el problema planteado, es útil hacer una referencia previa al problema de la naturaleza jurídica de los acuerdos de *joint venture*, siquiera sea por razones de orden y claridad en la formulación del argumento. Nuestra resuelta opinión es que nos hallamos —como generalmente sucede con el resto de los pactos parasociales— ante un contrato de sociedad civil, sujeto a las reglas contenidas en los artículos 1665 del Código civil y siguientes, y ello porque reúne las tres condiciones necesarias y suficientes para tal calificación; a saber: origen negocial o voluntario, fin común y contribución de todos los socios a su consecución. En efecto, el acuerdo de *joint venture*, como ocurre con la generalidad de los pactos parasociales (i) surge de un negocio jurídico libremente celebrado por las partes; (ii) encuentra su causa en un fin común perseguido por ambas —regular su relación en otra sociedad—; y (iii) contempla obligaciones —«aportaciones»— a cargo de ellas para lograrlo. El hecho de que sea un contrato meramente obligatorio y no organizativo no altera la calificación. Simplemente significa que estamos ante una sociedad civil interna, desprovista de subjetivación en el tráfico y, por tanto, de personalidad jurídica propia (cfr: artículo 1669 I CC)...Pues bien, sentado lo anterior, enseguida hemos de advertir que, a nuestro modo de ver, el acuerdo de *joint venture* o el pacto parasocial referido a una sociedad de duración indefinida debe calificarse como contrato a tiempo indeterminado. Las razones que nos llevan a descartar la calificación alternativa son las siguientes:

La primera se basa en la falta de previsión de un plazo de duración o de una fecha exacta de terminación (...).

La segunda razón que nos inclina a calificar el pacto como contrato por tiempo indeterminado resulta de la imposibilidad de incardinarlo en los supuestos de determinación *ratione materiae*. A este respecto debemos recordar que nuestro Código civil —al igual que los restantes de nuestro entorno europeo— consideran que los contratos deben ser calificados como contratos por tiempo determinado y sometidos a su especial régimen jurídico no solo cuando las partes hayan fijado —directamente o *per relationem*— un plazo o término de duración, sino también cuando se conciertan para llevar a cabo una obra, empresa o proyecto determinado, aunque este no tenga previsto una duración exacta. En este caso, como señala el artículo 1705 I del Código civil *in fine*, la duración «resulta [...] de la naturaleza del negocio». Bajo esta perspectiva, podría sostenerse que los acuerdos de *joint venture* o los pactos parasociales que sirven para ejemplificar nuestra exposición son sociedades civiles celebradas para una empresa determinada y que, en esa medida, debe ser calificado como contrato por tiempo determinado o determinable, que es lo mismo (art. 1273 CC), llamado a durar el tiempo que dure la filial común.

(...) Entendemos, sin embargo, que esta interpretación no puede prevalecer. En las hipótesis examinadas no cabe admitir una determinabilidad externa o determinación *ratione materiae* de la duración del acuerdo por la sencilla razón de que el «negocio» de referencia para fijar la duración —a filial común— no es un «negocio» que «por su naturaleza» tenga una duración limitada, como exigen los artículos 1680 y 1705 del Código civil. En otras palabras, la filial común a cuya duración se está referido el acuerdo no es una «sociedad ocasional» constituida para una obra o empresa determinada, sino una sociedad permanente. Lo relevante aquí no es la cláusula estatutaria de duración de la sociedad (es indiferente que

sea por tiempo determinado o por tiempo indefinido), sino el objeto social efectivamente buscado o practicado por las partes. Si la filial común tuviese por objeto una obra o empresa determinada (por ejemplo, la construcción de una autopista o la implantación de un sistema informático), aunque hubiese sido constituida por tiempo indefinido, es evidente que el acuerdo debería ser estimado a tiempo determinado. No obstante, no esta hipótesis excepcional la que nos interesa. Nos interesa el caso normal, que no es el de una sociedad enderezada a lograr un objetivo cuya consecución opere como causa de disolución, sino el de la sociedad constituida para desarrollar una actividad, que por su naturaleza no se agota hasta tanto no devenga imposible o lo decidan sus socios. Nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de corroborar este punto en la vieja STS de 15 de octubre de 1974, en la que consideró concertado por tiempo indeterminado un contrato cuya duración estaba referida a un arrendamiento indefinido. (...)

La tercera razón que nos conduce a mantener la calificación del acuerdo como contrato de duración indeterminada estriba en un hecho negativo, y es que la previsión ordinaria de que terminará cuando las partes dejen de ser socios de la filial común tampoco lo convierte en contrato de duración determinada. En realidad, la referencia usual en la praxis parasocial al mantenimiento de la condición de socio en la filial común no es, técnicamente hablando, una cláusula de duración, sino una condición resolutoria, que impide nuevamente incardinar el supuesto entre los contratos de duración determinada implícita. Para apercibirnos de ello, hemos de tener en cuenta que no solo es incierto el momento en que las partes dejarán de ser socios de la filial común (*incertus quando*), sino que tampoco es seguro que dejarán de serlo en algún momento (*incertus an*) o, por lo menos, es altamente incierto el momento en que eso se producirá (*certus an, incertus quando*). Este último caso sería, propiamente hablando, no un caso de condición sino de término, pero siendo incierto en relación al cuando tampoco serviría de base para calificar la sociedad como de duración determinada. En tales casos, debe entenderse que estamos también ante una sociedad por tiempo indefinido. Es cierto que si existiese una mediana certeza de que el evento tendrá lugar y de que tendrá lugar en un futuro no remoto —o excesivo desde el punto de vista de la necesaria temporalidad de las relaciones obligatorias—, de modo que lo único incierto fuese el momento exacto en que se producirá, cabría afinar la afirmación anterior y concluir que una cláusula de esa naturaleza podría ser considerada como una cláusula de fijación de plazo (*Vid.* STS de 15 de octubre de 1974). Pero, obviamente, esta tampoco es la hipótesis normal —el *id quod plerumque accidit*— objeto de examen de estas páginas.

⁶ De nuevo PAZ-ARES es lo suficientemente claro y expresivo sobre la cuestión al razonar lo siguiente (*Vid. op. cit.* 858 y 859): «Es evidente, por ejemplo, que un préstamo perpetuo no es opresivo para el prestamista, pues una vez entregado el capital comprometido, ninguna obligación pesa sobre él; a partir de ese momento, solo tiene derechos, que ciertamente no pueden reputarse opresivos. Por eso es perfectamente legítimo pactar un préstamo de esta índole, siempre y cuando al prestatario —sobre el que pesa la obligación periódica de satisfacer intereses— se le permita amortizarlo a discreción. Algo similar cabe decir del contrato de sociedad anónima o limitada. En la configuración legal de estas formas sociales, normalmente constituidas por tiempo indeterminado, el socio no dispone de la posibilidad de denunciar el contrato o de salirse de él, y a pesar de ello nadie juzga que la situación sea opresiva. La razón no estriba —como a veces se ha dicho— en el hecho de que las partes puedan transmitir sus participaciones libremente (lo que jurídicamente no es cierto en muchos casos —por ejemplo— cuando la circulación de las acciones está sujeta a restricciones estatutarias —y prácticamente a menudo es una quimera por la inexistencia del mercado líquido para las participaciones de sociedades cerradas). La razón reside en que, una vez realizada la aportación, el socio no está sujeto a nuevos deberes de prestación. A partir de ese momento, no tiene obligaciones; solamente tiene derechos, como en cierto modo viene a establecer la STS de 19 de diciembre de 2007 (otra cosa ocurrirá si el contrato de sociedad contempla prestaciones accesorias o deberes estatutarios personales a cargo de los socios (obligación de administrar, obligación de no competir con la sociedad, obligación de prestar su trabajo personal, obligación de suministro a la sociedad, obligación de distribuir los productos de la sociedad, obligación de realizar aportaciones adicionales para reponer el capital, salvo que estén limitadas en el importe y en el tiempo, etc.). En

tales casos, necesariamente ha de reconocerse a los socios derechos de salida, so pena de que la configuración de la sociedad infrinja el principio de orden público y constitucional que veda las vinculaciones perpetuas o excesivas.

Otro tanto cabe decir de ciertos pactos parasociales, cuya finalidad es básicamente organizativa de la posición de socio: pactos que reconocen derechos de adquisición preferente, derechos de venta conjunta, derechos de arrastre, derechos de veto o derechos a tener una representación en el Consejo; derecho a obtener periódicamente cierta información de la sociedad; derecho a obtener ciertas prestaciones de la sociedad; etc. Nada impide que la terminación de estos pactos se supedita a la terminación de la sociedad o a la salida de los socios de la misma, puesto que mientras duran no son opresivos. En realidad, su significación funcional no es distinta de la configuración estatutaria de la participación que eventualmente podría hacerse a través del establecimiento de mayorías cualificadas para materias reservadas, cláusulas restrictivas de la circulación, derechos de representación proporcional, participaciones de voto plural, cláusulas de información reforzada, etc. Es cierto que, en ocasiones, reclaman el concurso del socio para votar, pero su significación es meramente accesorias, pues puede hacerse simplemente cediendo la acción o su representación. Cabe incluso constituir una sociedad civil configurada de tal manera que pueda eliminarse el derecho a la denuncia *ad nutum* previsto en los artículos 1700.4.º y 1705 Código civil; la sociedad se configuraría como mera sociedad interna con obligaciones de aportación patrimonial únicas (por ejemplo, un club de inversión) y solo con derechos a favor de los socios».

⁷ Nótese que —como habíamos reflejado antes, la sentencia de primera instancia núm. 3 de Majadahonda sí que recogía la obligación positiva de hacer junto con la obligación negativa de no hacer en los siguientes términos: «*Así la ruptura del pacto de no exclusividad conlleva (cláusula quinta) “la pérdida del puesto de trabajo” y “una penalización económica del diez por ciento de las acciones”*».

⁸ Volvemos a recordar que la sentencia de casación establece sobre el particular lo siguiente: «*Así resulta de la sentencia cuando afirma que “[...] en dicho acuerdo, dicho reparto de acciones y participaciones de las sociedades, no se (sic) obliga a una persistencia perpetua de dichos coeficientes [...], o que “[...] el Protocolo tan solo perseguía un compromiso respecto a la sucesión ordenada tras el fallecimiento de los primitivos titulares de las acciones, lo cual se cumplió [...]”*».

⁹ Vid. DIEZ-PICAZO y GULLÓN *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, 10.ª ed., Tecnos, 2006, 466.

¹⁰ REQUEIXO SOUTO. Pactos de atribución particular post mortem. Ámbito del artículo 1271 ap. 2., del Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. IV, 1775.

¹¹ La redacción inicial del artículo 1271, ap. 2.º, Código civil era: «*se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate*».

¹² La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de abril de 2002 (AC/2002/2225) expone que: «*La cuestión estriba en que la doctrina del Tribunal Supremo, de forma constante, reiterada, mantenida en el tiempo, y sin ninguna fisura, ha establecido que el artículo 1271-2 se refiere exclusivamente a la prohibición de pactos sobre la universalidad de una herencia, que según el artículo 659 del Código civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes. Pero proclama la validez del pacto cuando se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del contrato en el dominio del causante, o que hubieren de adquirirse por título de heredero (SSTS de 2 o de 8 de octubre de 1915; 26 de octubre de 1926; 16 de mayo de 1940; 25 de abril de 1951; 3 de marzo de 1964 y 22 de julio de 1997). Aunque la Sala muestra alguna reserva sobre la interpretación, teniendo en consideración la uniformidad jurisprudencial estima que debe aplicarse. El siguiente eslabón sería establecer si la venta por parte de las hermanas A. de “la totalidad de sus herencias en el lugar acasurado denominado de ‘A Carballeira’ (...), herencia proindivisa en dicha propiedad, que les correspondan por su madre doña Socorro” puede considerarse que se está transmitiendo una universalidad, o por el contrario, son bienes conocidos, determinados o determinables teniendo en consideración que se está refiriendo a unas fincas concretas y determinadas,*

que compondrían esa herencia aún indivisa, pero no a la totalidad de su derechos en la herencia de su difunta madre, debe estimarse que el pacto era lícito, al no estar prohibido por el artículo 1271-2 del Código civil».

¹³ REQUEIXO SOUTO. (Vid. op. cit. 1775) afirma lo siguiente: «el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de abril de 1951 (RJ, 1951, 1615) declara que el pacto sobre una universalidad de bienes que habrían de adquirirse a la muerte del causante constituye un pacto sobre la herencia futura prohibido por el párrafo segundo del artículo 1271 del Código civil porque no se concreta en «bienes conocidos y determinados, existentes en el dominio del cedente cuando el compromiso se otorgó». La sentencia deja dudas acerca de si la prohibición opera por el solo hecho de que los bienes objeto del pacto no forman parte del patrimonio del cedente en el momento del contrato, sino que pertenecen a una tercera persona viva, o si es debida a que el objeto es una universalidad y no bienes determinados. En el caso se trataba de la cesión que dos hermanas hacían a una señora de la mitad de los bienes muebles e inmuebles que recibiesen por «herencia de doña M. P., procedentes de la de doña M. A. P., antes N., consignada en documento privado»

¹⁴ (Vid. op. cit. 1778).

¹⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA. *La Sucesión Contractual en el Código civil*. Universidad de Sevilla, 1999, 65 y 66.

¹⁶ OLMEDO CASTAÑEDA. Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad. *Anuario de Derecho Civil*. tomo LXXII, 2019, fasc. II, 479 y 480.

¹⁷ En particular, en contra de lo que concluye REQUEIXO SOUTO (Vid. op. cit. 1778), no compartimos que dichos convenios puedan ser rechazados en función del *votum mortis* y que se les pueda tildar de *pactum corvinum*.

ESPEJO LERDO DE TEJADA (Vid. op. cit. 82 y 83), se hace eco de la anterior crítica y con apoyo en autores determinados (ej. RAMS ALBESA y ROCA SASTRE) nos dice sobre el argumento del *votum mortis* lo siguiente: «La doctrina se muestra muy despiadada en su crítica contra el tradicional apoyo de la prohibición en el hecho de que el pacto sucesorio genera el deseo de provocar la muerte del causante. Por nuestra parte estamos de acuerdo en que esta razón, el *votum mortis*, no es concluyente, pero también, en que alguno de los autores que critican este argumento no se recatan luego en utilizarlo para combatir el pacto de *hereditate tertii*, acudiendo a imágenes igualmente exageradas para rechazarlo, como que dicho contrato es un *pactum corvinum*».

En este sentido, podemos citar, junto con ESPEJO LERDO DE TEJADA (Vid. op. cit. 82) a CASTILLEJO Y DUARTE. *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, 1902, páginas 147 que decía lo siguiente: «Aquel a quien a que por contrato se instituye heredero de una cuantiosa fortuna, nada tiene ya que temer; puede estar seguro de enriquecerse con ella, salvo el pequeño descuento de alguna donación insignificante; su espíritu de codicia, si lo tiene, no es probable que llegue hasta escatimar el disfrute de esos bienes durante unos cuantos años, atentando contra la vida del disponente y arriesgando con ello la suya propia; el estímulo para el crimen es muy débil, la ganancia por su medio alcanzada mezquina e insegura».

Tampoco creemos realmente que estos contratos atenten contra la libertad de testar. En este sentido, podemos citar, junto con ESPEJO LERDO DE TEJADA (Vid. op. cit. 84 y ss) a CASTILLEJO Y DUARTE. *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, 1902, páginas 152 y 153, que decía que: «el contrato sucesorio “no priva nunca de la facultad de testar, sino que impide solamente los actos de disposición que le contradigan (...) puede disponerse por testamento de los bienes no comprendidos en el contrato; si no pudiera disponer de nada sería porque ya ha dispuesto: «ni más ni menos que ocurre cuando se dispone de los bienes por acto inter vivos, haciendo con ellos una donación”».

¹⁸ PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, 1993, T. II, 1367, razón acertadamente que: «3. El problema fundamental que suscita la sociedad interna es el relativo a su régimen jurídico, que naturalmente ha de considerarse dispositivo.

a) El artículo 1669 II establece que “esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”. No obstante, el precepto, correctamente interpretado, solo dice que en el sustrato patrimonial, la sociedad interna se estructura como comunidad de bienes (entre las escasas resoluciones que se manifiestan con precisión en

esta materia v. STS 3-IV-82 y 26-IV-88). El precepto, por tanto, no excluye la aplicación, en el plano obligatorio, del derecho de sociedades».

¹⁹ REQUEIXO SOUTO (*Vid. op. cit.* 1775), opina sobre ello lo siguiente: «No obstante, el artículo 1674 Código civil, referido a la sociedad universal, establece un criterio contrario a los pactos sobre la herencia de un tercero al prohibir que los socios pacten que se hagan comunes lo que adquirieran posteriormente por herencia o legado, aunque sí sus frutos, como señala SÁNCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, 54, que refiere que para algunos autores la admisibilidad del pacto en relación a los frutos constituye una excepción a la prohibición general del artículo 1271, ap. 2.º, Código civil.

²⁰ PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, 1993, T. II, 1385-1386.

²¹ «En verdad, como se ha dicho con acierto, la disciplina del Código en esta materia constituye una «pieza de arqueología jurídica», cuya razón de ser tiene que ver más con la inercia de la tradición que con la realidad de la vida social (...). La desaparición del escenario jurídico de la sociedad universal hay que vincularlo al proceso de diferenciación y de separación entre la esfera privada/familiar y la esfera económica que se desarrolla paralelamente al proceso de industrialización. De ahí que la subsistencia de las sociedades universales se registre precisamente en aquellas zonas que han permanecido aisladas de la civilización industrial y han mantenido formas de economía agraria anticapitalistas. Especialmente significativo al respecto es el ámbito rural gallego, donde todavía pervive esa modalidad típica de sociedad universal que es la compañía familiar gallega».

Varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia —por todas, la Sentencia 7193/2017, de 16 de noviembre— han establecido como notas características de la compañía familiar gallega y requisitos esenciales para su constitución la existencia de una economía común de trabajos, ingresos y gastos. Se constituye entre labradores con vínculos de parentesco, para vivir juntos y explotar en común tierras, lugar acasado o explotaciones pecuarias de cualquier naturaleza pertenecientes a todos o a alguno de los reunidos (...). No es suficiente la relación de parentesco unida al hecho de la explotación de unas concretas fincas; es imprescindible un régimen de convivencia y el sostenimiento común de una unidad económica. Y el artículo 160 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, señala que, salvo pacto en contrario, se entenderá constituida la compañía familiar gallega cuando un pariente del labrador case para casa. Se aclara que por «casar para casa» se entiende el hecho de integrarse el nuevo matrimonio o pareja en la vida comunitaria y de trabajo del grupo familiar ya constituido.