

Mercantil

Pactos parasociales omnilaterales

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo,
Sala Primera, de 7 de abril del 2022)

El trabajo analiza la doctrina jurisprudencial sobre oponibilidad de pactos parasociales omnilaterales mediante la distinción entre pactos con mera eficacia organizativa y pactos con trascendencia patrimonial para la sociedad.

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de abril del 2022 (ponente: Excmo. Sr. Díaz Fraile) ha generado gran interés en la práctica societaria porque se ocupa de una cuestión relevante en materia de pactos parasociales, como es la eficacia que ha de tener el hecho de que la sociedad sea firmante del pacto a los efectos de aplicar e interpretar los artículos 29 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) y 1275 del Código Civil (CC).

La sentencia debe leerse con atención, ya que contiene un repaso de la doctrina jurisprudencial existente sobre la oponibilidad

de los pactos parasociales omnilaterales e introduce algunas matizaciones que nos han parecido relevantes. Contiene además alguna referencia —es difícil saber si favorable o contraria— a la idea de identificar el (dinámico) interés social de una corporación con lo establecido en un (estático) pacto parasocial (apdo. 6.7 del fundamento de derecho quinto). Ése es un tema complejo porque el contenido del concepto de interés social varía en función de si se trata de hablar del fin de la actividad gestora o del interés del conjunto de los socios, pero eso no es posible tratarlo aquí.

En las líneas que siguen procuraremos identificar cuál es la doctrina jurisprudencial que

explícita o implícitamente se puede deducir de esta sentencia y las consecuencias que, a nuestro juicio, puede tener para la práctica societaria.

2. La inoponibilidad de los pactos omnilaterales

La cuestión que la resolución aborda con más detenimiento y constituye la *ratio decidendi* del caso se refiere a la inoponibilidad frente a la sociedad de los pactos parasociales omnilaterales (interpretación de los arts. 1257 CC y 29 LSC).

El Tribunal Supremo reconoce que la sociedad no es un tercero distinto de los socios que firman el pacto parasocial cuando los firmantes son todos los socios: «no se cuestiona que la nota de la alteridad concurre cuando alguno de los socios no es parte del pacto» (apdo. 1 del fundamento de derecho quinto). En sentido contrario: la alteridad no concurre cuando todos los socios son parte del pacto. Dicho de otro modo: la sociedad no es un tercero respecto de todos sus socios.

Sin embargo, el hecho de que la sociedad no sea un tercero respecto de sus socios no implica que los pactos parasociales omnilaterales sean oponibles frente a la sociedad, como se había defendido con razón por parte de la doctrina científica, porque eso no se deduce del artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital (como ya concluyó la Comisión General de Codificación al redactar el artículo 213-21 del Anteproyecto de Código Mercantil del 2015).

Y ésta es la doctrina del Tribunal Supremo que conviene retener: «los pactos parasociales son válidos y eficaces entre las partes que los suscriben, pero no oponibles, ni por tanto exigibles, a la sociedad» (apdo. 2.2 del

fundamento quinto). Es la regla de la inoponibilidad que, sin embargo, «no carece de excepciones (*cf.* apdo. 6.5 del fundamento de derecho quinto *in fine*, entre otros).

3. Las denominadas excepciones a la inoponibilidad

3.1. Las cláusulas generales

La sentencia subraya que la regla de la inoponibilidad puede exceptuarse en cada caso concreto mediante la aplicación de cláusulas generales como la buena fe, el principio de confianza que subyace a la doctrina de los propios actos, la interdicción del abuso de derecho o las técnicas de extensión de la imputación que se articulan mediante el denominado *levantamiento del velo*.

En este sentido, recuerda la jurisprudencia recaída en materia de impugnación de acuerdos por infracción de pactos parasociales y afirma que, si bien un acuerdo social no puede ser impugnado por el mero hecho de infringir el pacto parasocial, ya que ése no es un motivo de impugnación según la legislación de sociedades de capital (SSTS, Sala Primera, de 10 de diciembre del 2008, de 5 y 6 de marzo del 2009 y de 5 de mayo del 2016), se podría apelar al abuso de derecho o a la infracción de la buena fe o incluso a la lesión del interés social definido por el pacto parasocial para declarar la impugnación del acuerdo adoptado con los votos de los socios infractores del pacto omnilateral vigente (apdo. 6.7 del fundamento de derecho quinto).

También recuerda que, si bien el adverbio *generalmente* de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25

de febrero del 2016 no se refiere a la oponibilidad de los pactos omnilaterales (como pensamos algunos), actúa de forma contraria a derecho el socio que impugna un acuerdo adoptado conforme a las (inoponibles) reglas establecidas en el pacto parasocial. En sentido contrario, aunque el tribunal no lo dice expresamente, actúa conforme a derecho el presidente de la junta general que, en lugar de estar a las normales legales o estatutarias, aplique el pacto omnilateral vigente entre los socios. Nada cambia sustancialmente en lo que ya se conocía sobre impugnación de acuerdos por infracción de pactos parasociales.

La «excepción» a la regla de la inoponibilidad que consideramos más importante es aquella que descansa sobre el hecho de que la sociedad sea firmante del pacto parasocial porque en esto la sentencia sí parece novedosa y realiza algún razonamiento cuyo alcance para la praxis societaria es difícil predecir en este momento.

3.2. *La sociedad como parte del pacto parasocial*

El Tribunal Supremo, en una definición que es novedosa en nuestra jurisprudencia, afirma que el pacto parasocial «no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica (sociedad anónima o limitada)» y de eso extrae la idea de que «despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes lo celebran» (apdo. 2.1 del fundamento de derecho quinto). Sin embargo, esta regla tendría su excepción para el caso en que la propia sociedad, debidamente representada por sus administradores, sea firmante del pacto (apdo. 6.5 del fundamento de derecho quinto).

Los operadores no tardarán en sacar la conclusión de que el principio de inoponibilidad de los pactos parasociales (al menos de los omnilaterales) se puede desactivar mediante el simple expediente de dejar un hueco en el documento para la firma de los administradores de la sociedad, de modo que lo acordado en el pacto sea plenamente oponible y exigible a la sociedad parte del contrato (art. 1257 CC).

Se trata sin embargo de una conclusión que, a nuestro juicio, resultaría precipitada o que, cuando menos, hay que acoger con suma cautela, teniendo en cuenta las particularidades del caso sobre el que se pronuncia el Tribunal Supremo.

La sentencia resuelve una pretensión procesal dirigida frente a la sociedad y que afecta a su patrimonio social sobre la base de las obligaciones asumidas por los socios en un pacto parasocial (la pretensión entre socios que incluía originariamente el suplico de la demanda se desestimó y quedó firme en la instancia). No es por tanto una sentencia sobre pactos relativos a la organización societaria como remarca el propio tribunal, sino que afecta al patrimonio de la sociedad (*cfr.* apdo. 8 del fundamento de derecho quinto: «no nos encontramos ante un pacto de organización en el que los socios deciden reglamentar internamente el sistema de toma de decisiones en el seno de la sociedad, sino que viene a determinar aspectos del patrimonio social, con trascendencia frente a terceros, pues afecta a la composición del activo de la titular mayoritaria de las participaciones»).

La idea de que la sociedad sea parte del pacto parasocial se valora por tanto

respecto de pactos con trascendencia patrimonial para la sociedad. Si se pretende que la sociedad cumpla alguna prestación en favor de los socios como terceros, entonces es necesario que la sociedad sea parte del pacto, a menos que coincidan en el momento de la firma socios y administradores porque, en ese caso, ya sería parte.

Sin embargo, en nuestra opinión, la sociedad no puede ser considerada «parte» de pactos que tengan por finalidad regular las relaciones jurídico-societarias internas porque ese tipo de pactos lo que pretenden es complementar la regulación relativa al funcionamiento de la propia persona jurídica, es decir, establecer reglas adicionales a la estatutarias sobre el ejercicio del poder de decisión en la sociedad.

En relación con este tipo de pactos, no tiene ningún sentido ni tiene ningún valor que los administradores de la sociedad (representantes orgánicos en el ámbito del desarrollo del objeto social, esto es, ad extra) firmen para obligar a la sociedad como parte del pacto. Un acuerdo cuyo objeto sea regular, por ejemplo, el sentido del voto de los socios en la junta general o de cualesquiera otros acuerdos o compromisos asumidos por los socios en el ámbito de la organización jurídico-corporativa interna (v. gr., refuerzo de quórum, dividendos preferentes, cláusulas de salida, etc.), sólo pueden suscribirlo los socios porque son los socios mediante la emisión de sus votos los que deben cumplirlo. Tampoco puede ser la sociedad parte de un pacto que tenga por objeto la transmisión (o el bloqueo de la transmisión) de las acciones o participaciones sociales titularidad de los socios o que requiera

la adopción de determinados acuerdos en la junta general dirigidos a facilitar la salida de uno o varios socios de la sociedad ante determinadas circunstancias (v. gr., mediante una reducción de capital no paritaria), a menos que se pretenda que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones o acciones con arreglo a la normativa de autocartera.

En conclusión, la totalidad del razonamiento de esta sentencia del Tribunal Supremo en lo que se refiere a la participación de la sociedad como parte del pacto parasocial ha de entenderse referido a pactos con trascendencia patrimonial frente a la sociedad, esto es, realizados en el ámbito del desarrollo por los administradores de su función de gestión de la empresa social, incluida la gestión de la autocartera.

4. Análisis crítico

Desde nuestro punto de vista, es compatible la idea de que el régimen jurídico de las sociedades de capital no se puede entender sólo mediante ideas y principios propios del derecho de obligaciones y contratos. Existen normas jurídico-societarias de naturaleza corporativa que, además, son imperativas porque así lo exige el diseño de este tipo de organizaciones para el desarrollo colectivo de actividades empresariales.

Ésta es la razón por la que se disponen ciertas reglas inderogables de protección de minorías, se prohíbe la unanimidad para evitar el bloqueo de los órganos societarios, se tasan las causas de impugnación de los acuerdos de los órganos societarios o se establecen plazos de caducidad para su impugnación, entre otras.

La norma que dispone el carácter reservado u oponibilidad de los pactos parasociales que reglamentan el funcionamiento de las relaciones entre los socios en el ámbito de las relaciones jurídico-societarias internas (art. 29 LSC) tiene también ese fundamento: la corporación se rige por sus estatutos y no conforme a las reglas obligacionales que puedan haber suscrito los socios al margen de los estatutos. Esto es esencial para atraer la inversión por parte de terceros en este tipo de sociedades, sea en adquisiciones originarias o derivativas. Sin embargo, no tiene sentido invocarla entre los propios socios firmantes del pacto y ello con independencia de que la sociedad lo haya suscrito o no.

Los acuerdos relativos a la organización corporativa que hayan sido adoptados por todos los socios, en tanto esos mismos socios sean los titulares del cien por cien del capital, integran la reglamentación aplicable al funcionamiento corporativo (art. 1258 CC) con independencia de que hayan sido formalmente incorporadas a los estatutos sociales y se hayan inscrito en el Registro Mercantil. Mientras el acuerdo esté vigente y sus reglas sean conformes con la regulación imperativa del derecho de sociedades, los titulares de la posición jurídica de órgano no sólo *pueden*, sino que *deben* respetarlos (cfr. la actuación del presidente de la

junta en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de febrero del 2016).

Como destaca la sentencia, la adopción de un acuerdo de junta general mediante la emisión de votos con infracción del pacto parasocial es un comportamiento abusivo que permite la impugnación del acuerdo (sea positivo o negativo) por una de las causas legalmente tasadas y dentro del plazo de caducidad (art. 204.1 *in fine* LSC) e incluso podría servir de fundamento a una acción declarativa del resultado positivo de una votación descontando los votos nulos. Sin embargo, la propia idea del comportamiento abusivo de la mayoría como fundamento para declarar nulo el acuerdo corporativo descansa en el reconocimiento de la eficacia integradora del pacto parasocial omnilateral para el funcionamiento de la propia organización corporativa. No puede darse una cosa sin la otra. En realidad, no se trata de hacer «excepciones» a una regla legal (art. 29 LSC) sobre inoponibilidad de los pactos parasociales (que no las admite por tratarse de una norma imperativa), sino de aplicar esa regla de modo conforme a su sentido o finalidad o, si se prefiere, reducir teleológicamente su ámbito de aplicación para preservar precisamente la validez de lo acordado por (todos) los socios que la propia norma reconoce.