

3 La nulidad por abuso de derecho de los acuerdos sociales adoptados en perjuicio de tercero. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 25 de octubre de 2022

The invalidity of the shareholders resolution for abuse of rights detrimental to the legitimate third party interest. Analysis of the judgement of the Supreme Court of 25 October 2022

REYES PALÁ LAGUNA

Catedrática de Derecho mercantil. Universidad de Zaragoza

ISSN 0210-0797

**Revista de Derecho Mercantil 328
Abril - Junio 2023**

Sumario:

- I. Introducción
- II. Antecedentes de hecho
 - 1. Las sentencias dictadas en relación con los hechos
 - 2. La causa remota de las modificaciones estatutarias de la sociedad de Vega Sicilia S. A. en la junta universal de 25 de marzo de 2013: el conflicto familiar
 - 3. La causa próxima de las modificaciones estatutarias de la sociedad de Vega Sicilia S. A. en la junta universal de 25 de marzo de 2013
- III. El incumplimiento del pacto parasocial no es causa de impugnación de los acuerdos de la filial. El abuso de derecho relacional
 - 1. El incumplimiento del pacto parasocial
 - 2. El abuso de derecho como causa de impugnación del acuerdo social: la abusividad de acuerdos sociales por ser contrarios al interés de terceros
 - 2.1. Requisitos del abuso de derecho (art. 7.2 CC)
- IV. Conclusiones
- V. Bibliografía citada

RESUMEN: El Tribunal Supremo mantiene su doctrina jurisprudencial: un acuerdo de la junta puede ser declarado nulo por ser contrario a la ley (arts. 6.4 y 7.1 y 2 CC), sin necesidad de acudir al régimen del abuso de la mayoría contenido en la Ley de sociedades de capital. El interés de la sentencia 701/2022, de 25 de octubre es la doctrina que recoge respecto al régimen de impugnación de acuerdos sociales por abuso de derecho que no puede reconducirse a los acuerdos abusivos a los que se refiere el artículo 204.1.II de la Ley de sociedades de capital, ya que no se causa un perjuicio a la minoría de socios sino a terceros formalmente ajenos a la sociedad. Se plantean además otras cuestiones, como la ejecutividad de los pactos parasociales y la interpretación del artículo 185 de la Ley de sociedades de capital en relación con el pacto parasocial que otorgaba al usufructuario de las acciones, junto con los derechos económicos, los derechos políticos.

ABSTRACT: The Supreme Court maintains its case-law doctrine: a resolution passed by the shareholders meeting can be declared null and void for being contrary to the law (articles 6.4, 7.1 and 7.2 of the Spanish Civil Code) without no need to invoke the regime of the abuse of majority contained in the Law of Corporations. The interest of the court decision is the doctrine about the challenging of company resolutions for abuse of rights other than those referred in article 204.1 II of the Corporations Act. The agreement is detrimental not for the minority shareholders but for a third party with demonstrated legitimate interest. Certain specific issues also arise, i.e. the enforcement of shareholders' agreements and the interpretation of article 185 of the Corporations Act regarding to the shareholder' agreement that gave to the usufructuary besides the economic rights, the political rights.

PALABRAS CLAVE: Impugnación de acuerdos sociales - Nulidad por abuso de derecho - Pactos parasociales

KEYWORDS: Challenging of company resolutions - Invalidity for abuse of rights - Shareholders' agreement

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia núm. 701/2022, de 25 de octubre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (ponente: Pedro José Vela Torres)¹⁾ declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta universal de Bodegas Vega Sicilia S. A. celebrada el 25 de marzo de 2013 referidos a la modificación de los estatutos sociales por entender que son acuerdos contrarios a la ley al constituir un abuso de derecho. Nótese que la nulidad de los acuerdos a los que se refiere esta sentencia lo son no por lesionar los intereses de la minoría sino por haber sido adoptados con abuso de derecho en perjuicio de tercero (art. 7.2 CC). Los impugnantes eran terceros no socios de la sociedad Vega Sicilia pero sí de la matriz El Enebro S. A. Bien es cierto que se trata de terceros que podrían recobrar los derechos de voto en la matriz (El Enebro) de la filial (Vega Sicilia) en función del fallo de una sentencia de la audiencia provincial dictada poco después de la junta de 25 de marzo de 2013 en la que se adoptaron los acuerdos sociales posteriormente declarados nulos por el Tribunal Supremo. La sentencia de la audiencia reconoció la ejecutividad del pacto parasocial incumplido por la facción familiar que se hizo con el poder en la matriz El Enebro al no reconocer al usufructuario cabeza de familia el derecho de voto sobre las acciones de la matriz.

El interés de esta sentencia del Supremo es la doctrina que recoge respecto al régimen de impugnación de acuerdos sociales por causa de abusividad que no puede reconducirse a los acuerdos abusivos a los que se refiere el artículo 204.1.II de la Ley de sociedades de capital, ya que no se causa un perjuicio a la minoría de socios sino a terceros titulares de un interés legítimo, terceros formalmente ajenos a la sociedad.

El Tribunal Supremo mantiene la doctrina ya recogida en la sentencia 87/2018, de 15 de febrero, (RJ 2018, 473) sobre los mismos hechos –y con el mismo ponente–, doctrina por la cual la nulidad de un acuerdo puede traer causa de su abusividad al ser contrario a la ley (arts. 6.4 y 7.1 y 2 CC), sin necesidad de acudir al régimen del abuso de la mayoría contenido en la Ley de sociedades de capital pues el impugnante no es socio sino tercero titular de un interés legítimo. Ciento es que estamos ante un caso excepcional en el que la concurrencia de abuso de derecho anula la voluntad de la sociedad con base en el artículo 7.2 del Código Civil, puesto que la impugnación de los acuerdos sociales en el caso de autos no podía reconducirse a las causas de impugnación previstas en el artículo 204 de la citada ley. De los hechos narrados en la sentencia de 25 de octubre de 2022 que llevan a los socios titulares de la totalidad del capital con derecho a voto de Vega Sicilia a aprobar los acuerdos de modificación estatutaria, se deduce una maniobra claramente fraudulenta, en opinión del Supremo, dirigida a evitar los

consecuencias que para los socios tendría la sentencia de la audiencia de inminente aprobación a propósito del cumplimiento de un pacto parasocial que les privaría de la mayoría de la que gozaban en la matriz El Enebro, titular del 99,99 % del capital de Vega Sicilia, en el momento de la adopción de los acuerdos declarados nulos por abusivos. Los socios que incumplieron el pacto parasocial son los que están detrás de la adopción de los acuerdos que pretenden eliminar las consecuencias negativas para ellos (pérdida del control de la sociedad Vega Sicilia al perderlo en la matriz El Enebro puesto que tras la sentencia de la audiencia el ejercicio de los derechos de voto en la matriz correspondería al usufructuario cabeza de familia en cumplimiento del pacto parasocial).

Además de esta cuestión principal, en la sentencia 701/2022 de 25 de octubre se plantean otras cuestiones mercantiles de indudable interés, como son la ejecutividad de los pactos parasociales que están en la causa de los acuerdos declarados nulos y la interpretación del artículo 185 de la Ley de sociedades de capital (“La representación es siempre revocable. La asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación”) en relación con el pacto parasocial que otorgaba al usufructuario, además de los derechos económicos, los derechos políticos.

La sentencia desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y estima el recurso de casación que es el objeto del presente comentario.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

1. LAS SENTENCIAS DICTADAS EN RELACIÓN CON LOS HECHOS

Las sentencias que interesan en este conflicto familiar a los efectos de la del Tribunal Supremo de 25 de octubre del 2022 comienzan a dictarse a partir de la del Juzgado de Primera Instancia 53 de Madrid de fecha 24 de junio del 2011. Para el seguimiento de los antecedentes de hecho, decisivos para la apreciación por el Tribunal Supremo de abuso de derecho en la aprobación de los acuerdos sociales de Vega Sicilia, las sentencias pueden clasificarse temáticamente como sigue:

- a) Las relativas a la ejecutividad del pacto parasocial por el que, entre otros extremos, se reconocen los derechos políticos sobre las acciones de El Enebro S. A. por los nudos propietarios al cabeza de familia usufructuario: sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 53 de Madrid, de 24 de junio de 2011 que declara la existencia del derecho de usufructo vitalicio sobre la mitad de las acciones del capital social de El Enebro S. A. en favor del padre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 11), de 22 de mayo de 2013 desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por los cinco hijos disidentes y la sentencia del Tribunal Supremo 256/2015 de 20 mayo, (RJ 2015, 2709) que desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de los cinco hijos.
- b) Las referidas a la impugnación de los acuerdos sociales de Vega Sicilia S. A. adoptados en la junta universal de 25 de marzo de 2013.

Un primer grupo de sentencias son las que consideran –en instancia y apelación– que la acción de impugnación ha caducado conforme al régimen anterior a la reforma por la Ley 31/2014, de la Ley de Sociedades de Capital [sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Valladolid, núm. 210/2014 de 30 de diciembre, sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª) núm. 139/2015 de 19 de junio y sentencia del Tribunal Supremo núm. 87/2018 de 15 febrero, (RJ 2018, 473). Esta última devuelve las actuaciones a la audiencia por considerar, entre otros extremos, que la acción de impugnación no caducó por estar ante acuerdos contrarios a la ley al haber sido adoptados con abuso de derecho]. En segundo lugar, las que, en cumplimiento de la STS 87/2018, de 15 de febrero, dicta la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª), núm. 76/2019 de 27 febrero, (JUR 2019, 93635) y, en casación, la del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2022, objeto del presente comentario.

2. LA CAUSA REMOTA DE LAS MODIFICACIONES ESTATUTARIAS DE LA SOCIEDAD DE VEGA SICILIA S. A. EN LA JUNTA UNIVERSAL DE 25 DE MARZO DE 2013: EL CONFLICTO FAMILIAR

El origen del conflicto entre los dos grupos de accionistas se encuentra en la discusión judicializada sobre el control efectivo de la sociedad cabecera del grupo familiar (El Enebro S. A.), constituida en 1976 por los dos cónyuges. Tras el fallecimiento de la esposa, devienen accionistas los siete hijos junto con el padre. En 1987 otorgan escritura pública en la que los hijos, accionistas por partes iguales, acuerdan constituir a título gratuito un derecho de usufructo vitalicio en favor de su padre, que lo acepta, sobre las acciones de El Enebro que heredaron de su madre. Además, convienen en cederle irrevocablemente la representación de los derechos políticos que corresponden a las

acciones sobre las que se constituye el derecho de usufructo, obligándose en cada caso a instrumentar los correspondientes apoderamientos a favor del usufructuario, usufructo que se extenderá a todas las acciones que como consecuencia del derecho de adquisición preferente puedan corresponder a todos los hijos. Casi veinte años después, el 16 de marzo de 2006 los siete hijos y el cabeza de familia suscriben un protocolo familiar en el que ratifican el usufructo vitalicio reconocido al padre en 1987 y la cesión irrevocable al usufructuario de los derechos políticos inherentes a sus acciones de El Enebro S. A. El incumplimiento de este pacto parasocial por la mayoría de los nudos propietarios al no reconocerle al padre los derechos de voto como usufructuario de las acciones los lleva a alcanzar el control de la matriz del grupo familiar en contra del cónyuge supérstite, socio fundador de El Enebro, S. A., y dos de sus hijos (un hermano y una hermana). Se crean de este modo dos facciones enfrentadas por el control de la matriz.

La sentencia del Juzgado de Madrid de 24 de junio del 2011 reconoce el derecho de usufructo vitalicio al cabeza de familia sobre 104.310 acciones de la matriz El Enebro, S. A. y declara la obligación de los cinco hijos demandados de conferir al actor, cada uno de ellos, poder irrevocable para ejercer los derechos políticos que corresponden a dichas acciones “con expresa mención de que, dado el carácter de representación familiar que según el art 108 LSA tienen dichos apoderamientos, los mismos no están afectados por las limitaciones que dicho precepto legal en este supuesto excluye. Y que no será obstáculo para el ejercicio de los derechos contenidos en la representación la presencia o concurrencia en el mismo acto del poderdante/s”. La sentencia es recurrida en apelación y la de la Audiencia de Madrid (Sección 11.^a) núm. 289/2013 de 22 mayo (JUR 2013, 209481) desestima el recurso. Afirma que “debe ser reconocido el usufructo sobre la mitad de las acciones de El Enebro, S. A. a favor de *don Armando* en los mismos términos y extensión que concede la sentencia apelada, (...) permitiendo al usufructuario el ejercicio de los derechos económicos que le confiere el art. 67 de la Ley especial de 1989 y antes el art. 41 de la Ley de 1951, así como los derechos políticos conferidos libre, voluntaria e irrevocablemente”. Contra esta sentencia se interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, que fueron desestimados por la Sentencia del Tribunal Supremo 256/2015, de 20 de mayo.

Las fechas son relevantes puesto que dos meses antes de la sentencia de la Audiencia de Madrid relativa a la declaración del usufructo vitalicio en favor del padre sobre las acciones de El Enebro S. A., representativas del 50,699% del capital social, la sociedad Vega Sicilia, de la que El Enebro es titular del 99,99 % del capital social (el 0,01% restante corresponde a otra sociedad del grupo, Bodegas y Viñedos Alión S. A.), los socios de Vega Sicilia acuerdan en una junta universal celebrada el 25 de marzo del 2013 modificar tres artículos de sus estatutos sociales. En esa fecha, los cinco hijos disconformes integraban el consejo de administración tanto de El Enebro S. A. como de Vega Sicilia S. A. Las modificaciones estatutarias acordadas en la junta universal consisten, resumidamente, en lo siguiente:

- a) la supresión del derecho de adquisición preferente por los accionistas en las transmisiones de las acciones de la sociedad originadas por ejecuciones judiciales o administrativas;
- b) la modificación del artículo 9 de los estatutos sociales de Vega Sicilia para establecer un *quorum* reforzado del 66,66 % del capital social, presente o representado, tanto en primera como en segunda convocatoria, para aprobar válidamente el nombramiento de administradores o cualquier modificación de los estatutos sociales;
- c) la inclusión de un nuevo artículo 7 *bis* en los estatutos sociales de Vega Sicilia por el que se atribuyen a los acreedores pignoraticios los derechos políticos correspondientes a las acciones pignoradas.

El padre y los dos hijos que permanecían de su lado interpusieron el 13 de febrero del 2014 una demanda de juicio ordinario contra la sociedad Vega Sicilia S. A: en la que solicitaban la declaración de nulidad de estos acuerdos de modificación de estatutos adoptados en la junta de 25 de marzo del 2013 por ser contrarios a la ley, al constituir en su opinión un supuesto de abuso de derecho.

3. LA CAUSA PRÓXIMA DE LAS MODIFICACIONES ESTATUTARIAS DE LA SOCIEDAD DE VEGA SICILIA S. A. EN LA JUNTA UNIVERSAL DE 25 DE MARZO DE 2013

Es de interés también a nuestros efectos –pues es revelador para el Tribunal Supremo de la actuación fraudulenta de los hijos enfrentados al padre– referir que, entre febrero y marzo del 2013, la sociedad El Enebro adquirió de los cinco hijos enfrentados al cabeza de familia, a la sazón todos ellos consejeros de El Enebro, un paquete de acciones de Eulen S. A. por un precio cuyo pago se fraccionaba a lo largo de siete años. En garantía del pago del precio y de los intereses (cien millones de euros aproximadamente), El Enebro constituyó a favor de los vendedores un derecho real de prenda sobre 10.255 acciones de Vega Sicilia, las cuales suponen el 58,42 % de su capital social. En esta

operación se establecieron limitaciones a la posibilidad de pago anticipado del precio y se previó que la constitución de la prenda atribuía a los acreedores pignoráticos los derechos políticos de las acciones pignoradas. Asimismo, la prenda se extendió a la parte proporcional de los dividendos inherentes a las acciones pignoradas necesarios para la liquidación del pago de los diferentes vencimientos del precio y, en el caso de que el pignorante no cumpliera con su obligación de pago, sus intereses. El cumplimiento parcial de las obligaciones del pignorante no permitiría extinguir proporcionalmente la prenda.

Las razones en las que los demandantes del litigio principal fundaban la pretensión de nulidad de los acuerdos de Vega Sicilia consistían en que los acuerdos adoptados en la junta de socios de Vega Sicilia pretendían frustrar el éxito que el padre pudiera obtener en el anterior litigio, en el que solicitaba el reconocimiento del usufructo y de los derechos políticos sobre la mayoría de las acciones de El Enebro. La prenda constituida sobre el 58,42 % de las acciones de Vega Sicilia, que de acuerdo con la reforma de los estatutos de Vega Sicilia atribuía a los acreedores pignoráticos (los cinco hijos con los que estaba enfrentado) los derechos políticos sobre tales acciones, impedía que, en caso de que el padre recuperara el control de El Enebro, ello se tradujera en el control sobre su filial Vega Sicilia. Además, dado que los hijos con los que estaba enfrentado controlaban la sociedad Vega Sicilia, mediante la atribución de los derechos políticos correspondientes a las acciones pignoradas, estos podrían oponerse al reparto de los dividendos que posibilitaran a El Enebro pagar los plazos del precio compra de las acciones de Eulen, lo que permitiría a dichos hijos la ejecución de la garantía pignorática consistente en las acciones de Vega Sicilia. Por otra parte, la supresión del derecho de adquisición preferente de los socios en caso de ejecución judicial sobre las acciones dificultaría que El Enebro pudiera recuperar la titularidad de las acciones de Vega Sicilia.

Bajo el régimen anterior a la reforma de los artículos 204 y siguientes por la Ley 31/2014, vigente en la fecha de adopción de los acuerdos de Vega Sicilia (25 de marzo de 2013), tanto el Juzgado de lo Mercantil como la Audiencia Provincial, ante la que fue apelada la sentencia dictada, estimaron la excepción de caducidad de la acción opuesta por la demandada Vega Sicilia y desestimaron la demanda. La Audiencia Provincial razonó que la impugnación de acuerdos sociales basada en el abuso de derecho no puede determinar su nulidad por ser contrarios a la ley, sino, en todo caso, su anulabilidad por ser lesivos para el interés social. Por tal razón, el plazo de caducidad aplicable sería –bajo el régimen anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014– el de cuarenta días del artículo 205.2 y no el de un año del artículo 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital, con lo que la acción habría caducado.

Pero el Tribunal Supremo, en su Sentencia 87/2018, de 15 de febrero, considera que el acuerdo social constitutivo de un abuso de derecho que perjudica el interés legítimo de personas formalmente ajenas a la sociedad es un acuerdo contrario a la ley y, por tanto, nulo. Por ello, el plazo de ejercicio de la acción de impugnación es de un año y la acción ejercida no estaría caducada. Dado que la Audiencia Provincial no entró a resolver las cuestiones de naturaleza sustantiva planteadas en la acción de impugnación, pues declaró caducada la acción, el Tribunal Supremo en esta sentencia 87/2018, de 15 de febrero, conforme a lo solicitado por la parte recurrente con carácter principal (la hija continúa el proceso como sucesora tras el fallecimiento del padre en 2015 y el desistimiento en 2017 del hermano que permanecía de su lado), acordó en su fallo casar la acción y reponer los autos al momento anterior a dictarse la sentencia de la Audiencia Provincial para que ésta resolviera sobre el recurso de apelación una vez fuese desestimada la excepción de caducidad.

La Audiencia Provincial de Valladolid lo resuelve en su sentencia (Sección 3.^a) 76/2019, de 27 de febrero. En esta sentencia, la Audiencia cita como nuevos hechos acaecidos desde su anterior sentencia de 19 de junio del 2015 que el padre falleció en noviembre del 2015 y que uno de los dos hijos desistió de la acción de nulidad en fase de recurso de casación, por lo que queda como única parte procesal apelante el otro hijo (hija). Hechos procesales que considera la sentencia de especial relevancia “pues no parece dudoso que, si el usufructo vitalicio esgrimido como fundamento del control efectivo que los actores ostentaban en la matriz se ha extinguido, difficilmente las modificaciones estatutarias cuestionadas podrán tener efecto alguno pernicioso en los intereses de la apelante. El mismo argumento se puede esgrimir respecto al desistimiento procesal de *Don Marcos* [el hijo alineado con la hermana] obrante en las actuaciones, pues el perjuicio que se alega como base de la nulidad es la indebida pérdida de la mayoría en la sociedad cabecera del grupo y la expectativa de recuperarla tras el procedimiento entablado por *Don Mario* [el cabeza de familia fallecido]. A nadie se le escapa que el desistimiento del *Sr. Marcos* de las acciones ejercitadas supone un mayor debilitamiento, si cabe, de la supuesta mayoría accionarial que presentaban los actores en la sociedad dominante para ejercer el control sobre la filial demandada”. (FD Primero, *in fine* SAP Valladolid 76/2019).

Sostiene la Audiencia de Valladolid en esta misma sentencia que la premisa que fundamenta el ejercicio de la acción impugnatoria de los acuerdos sociales modificativos de los estatutos de Vega Sicilia por el cabeza de familia y dos de sus hijos es equivocada puesto que “no es cierto que el resultado del pleito en su día iniciado por *Don Mario*

sobre el control efectivo de la matriz El Enebro se haya visto en modo alguno comprometido por la operación de compra de acciones de Eulen suscrita entre El Enebro y cinco de sus consejeros [los hijos enfrentados al padre], ni por la constitución de una prenda sobre parte de las acciones de Vega Sicilia titularidad de la sociedad compradora, ni por los acuerdos de modificación estatutaria de la Junta de Accionistas de la demandada consecuencia de la operación misma” (...) Lo cierto es que no existe control efectivo de los impugnantes de la cabecera El Enebro, ni tampoco se observa una “expectativa” de obtener el control en el futuro merced al resultado del procedimiento entablado con anterioridad a la verificación de la operación de compra de acciones por El Enebro y modificación de estatutos de su filial. Aunque se otorgara poder de representación por los nudos propietarios en favor del actor [en cumplimiento de la sentencia sobre la ejecutividad del pacto parasocial], esto no tendría que traducirse en todo caso en el ejercicio de derechos políticos sobre las acciones usufructuadas. Al reconocer el Tribunal Supremo el carácter esencialmente revocable de la representación mediante asistencia personal del representado a la Junta (art. 185 LSC), no puede sostenerse la presencia de un interés de los impugnantes directamente perjudicado por los acuerdos denunciadas, puesto que no resulta probado que aquellos hubieran tenido el control efectivo de la dominante, o que lo vayan a ejercer en el futuro. Los actores en cuyo favor se hubiera otorgado poder de representación, revocado por la eventual asistencia de los poderdantes a la Junta de El Enebro, en el supuesto de que voto de estos fuera contrario a su derecho como usufructuario (derecho al dividendo), estarán legitimados para ejercitar la acción de indemnización por los daños y perjuicios causados, conforme previene el art. 1.1101 CC, pero, en ningún caso, “podrán interesar el ejercicio de los derechos políticos que legalmente le corresponden a los nudos propietarios” (FD Segundo SAP Valladolid 76/2019). Respecto a la introducción del *quorum* reforzado, considera que los derechos políticos de los actores no alcanzan siquiera la mayoría simple en el consejo de administración de El Enebro, por lo que difícilmente se verían privados del control indirecto de la filial.

Estas y otras razones conducen a que la audiencia no aprecie la existencia de abuso de derecho en la adopción de los acuerdos sociales de Vega Sicilia adoptados en la junta universal de 25 de marzo del 2013. La hija interpone un recurso de casación ante el Supremo que tiene como resultado la sentencia de 25 de octubre del 2022. El alto tribunal considera que concurre interés casacional por oposición a su doctrina en materia de nulidad de acuerdos sociales por abusividad con base en el artículo 7.2 del Código Civil.

III. EL INCUMPLIMIENTO DEL PACTO PARASOCIAL NO ES CAUSA DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA FILIAL. EL ABUSO DE DERECHO RELACIONAL

1. EL INCUMPLIMIENTO DEL PACTO PARASOCIAL

La sentencia de 25 de octubre de 2022 no analiza en profundidad la cuestión de si el incumplimiento de un pacto parasocial omnilateral suscrito entre el socio fundador supérstite y sus siete hijos (el protocolo familiar de 2006 que ratifica el acuerdo de 1987) podría ser motivo de impugnación de los acuerdos adoptados dirigidos a enervar las consecuencias de la obligatoriedad del cumplimiento del pacto parasocial2), ejecutividad que previsiblemente sería declarada por la Audiencia Provincial de Madrid, como lo fue en su sentencia núm. 289/2013 de 22 mayo y ya lo había sido en la del Juzgado de Primera Instancia 53 de Madrid de 24 de junio de 2011.

En la citada sentencia del Tribunal Supremo 256/2015, de 20 de mayo, a propósito del *enforcement* del pacto parasocial omnilateral, se realizan una serie de afirmaciones recogidas también en la sentencia de 25 de octubre de 2022 de las que puede deducirse que el incumplimiento del pacto parasocial no es motivo de impugnación de acuerdos sociales si bien ello podrá amparar el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de dicho pacto con base en el artículo 1.101 del Código Civil. Entiende el Supremo que, si bien conforme al artículo 185 de la Ley de Sociedades de Capital de 2010 la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación y por tanto parte del contenido del pacto parasocial quedaba sin efecto (el otorgamiento de poder irrevocable al usufructuario para ejercer los derechos políticos que corresponden a las acciones “con expresa mención de que, dado el carácter de representación familiar que según el art 108 LSA tienen dichos apoderamientos, los mismos no están afectados por las limitaciones que dicho precepto legal en este supuesto excluye. Y que no será obstáculo para el ejercicio de los derechos contenidos en la representación la presencia o concurrencia en el mismo acto del poderdante/s”), ello “no debe impedir que el poder se otorgue, pues en caso de que se revoque la representación al usufructuario por la asistencia personal del o de los nudos propietarios, y el voto de estos sea contrario al derecho que corresponde al usufructuario (derecho al dividendo, en todo caso), nacerá a favor de éste la acción de indemnización por los daños y perjuicios causados, conforme previene el art. 1101 CC” (FD Primero, apdo. 10 STS de 25 de octubre de 2022). Con ello el Supremo parece adscribirse a la tesis de la inoponibilidad del incumplimiento de los pactos parasociales como causa de impugnación de los acuerdos sociales con base en el principio de relatividad de los contratos, que es la seguida por nuestra

jurisprudencia más reciente hasta la fecha de forma mayoritaria3).

Obviamente esta cuestión no deja de ser *obiter dictum* en la sentencia de 25 de octubre de 2022 puesto que el fallecimiento del cabeza de familia en 2015 no constituye razón decisoria, indica el Supremo, de la sentencia recurrida.

2. EL ABUSO DE DERECHO COMO CAUSA DE IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO SOCIAL: LA ABUSIVIDAD DE ACUERDOS SOCIALES POR SER CONTRARIOS AL INTERÉS DE TERCEROS

La sentencia del Supremo de 25 de octubre de 2022 recoge la doctrina expuesta en la sentencia núm. 87/2018 sobre los mismos hechos, en la que el alto tribunal casó la sentencia de la audiencia provincial al considerar que el plazo de impugnación de los acuerdos sociales de Vega Sicilia no era de cuarenta días –al no ser acuerdos anulables bajo el régimen anterior a la reforma de 2014– sino de un año por tratarse de acuerdos nulos, y por tanto la acción de impugnación no estaría caducada.

Considera el Supremo en la sentencia núm. 87/2018 que los acuerdos de la junta modificativos de los estatutos sociales de Vega Sicilia son contrarios a la ley (en concreto, al artículo 7.2 del Código Civil, interdicción del abuso de derecho) y por ello, el motivo de impugnación es el recogido en el primer inciso del artículo 204 de la Ley de sociedades de capital, antes y después de la reforma operada por la Ley 31/2014: la adopción de acuerdos sociales contrarios a la ley. (“Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros4”). De otro modo, esto es, si se entendiera que son acuerdos anulables, en atención a las circunstancias del caso narradas *supra*, los terceros titulares de interés legítimo carecerían de legitimación para impugnarlos, puesto que la legitimación para impugnar los acuerdos anulables por lesión al interés social –que además no concurre en este supuesto ya que la modificación de los estatutos de Vega Sicilia no puede afirmarse, entiende el Supremo, que lesione propiamente el interés social– reside en los socios y no en terceros formalmente ajenos a la sociedad.

La doctrina del Supremo establecida respecto al abuso de derecho como causa de impugnación del acuerdo social considera que, aunque en el régimen de la impugnación de acuerdos sociales (art. 204 LSC) no se hace mención expresa al abuso de derecho, ello no constituye un “obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del art. 7 CC, son contrarios a la ley5”.

Distingue estos acuerdos abusivos *ex art.* 7 CC no contemplados expresamente en el artículo 204 de la ley societaria de aquellos otros acuerdos impugnables por abusivos incluidos en el citado precepto, incardinados en el conflicto mayoría-minoría en las sociedades de capital: en el régimen anterior a la reforma de la Ley 31/2014 eran aquellos que incurrián en un abuso de derecho que determinaba la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros6). Tras la reforma de 2014, el artículo 204.1.II recoge además una modalidad específica de acuerdo impugnable por concurrir abuso por parte de la mayoría: aunque el acuerdo no cause daño al patrimonio social, la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo se impone de manera abusiva por la mayoría. “Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.

Sucede que en el caso de autos, no consta que los acuerdos de modificación estatutaria supusieran un perjuicio para la sociedad, por cuanto que el perjuicio se habría producido para un tercero formalmente ajeno a la sociedad. No hay por tanto lesión al interés social (art. 204.1) ni tampoco se trataría de un “abuso de la mayoría” en perjuicio de la minoría social, (art. 204.1.II LSC), porque el supuesto acuerdo se adoptó de forma unánime por todos los socios y el perjuicio se produjo a un tercero7). Por ello, continua el Supremo, “el caso debe ser reconducido al régimen general del art. 7.2 CC, en tanto que, como hemos visto, la expresión ‘que sean contrarios a la ley’ que se contiene en el art. 204.1 LSC ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 CC), de mala fe (art. 7.1 CC) o con abuso de derecho (art. 7.2 CC)” (FD. Quinto 7. STS de 25 de octubre de 2022).

El Tribunal Supremo reitera, pues, su doctrina en virtud de la cual son impugnables los acuerdos sociales por abuso de derecho que quedan al margen del conflicto intrasocietario entre la mayoría y la minoría. El tercero no socio está legitimado para ello siempre que acredite un interés legítimo (art. 206.1 LSC)8), interés legítimo que es apreciado por el Tribunal Supremo en las personas del cabeza de familia y los dos hijos que permanecían de su lado: los acuerdos que aprueban las modificaciones estatutarias de Vega Sicilia perseguían el vaciamiento de contenido de

las facultades concedidas al cabeza de familia en el pacto parasocial (entre otras, el derecho de voto sobre las acciones objeto del usufructo vitalicio), de manera que con la modificación estatutaria los cinco hijos– socios minoritarios obtenían: “(i) que el Enebro dejara de controlar Bodegas Vega Sicilia; (ii) el control sobre las decisiones en Vega Sicilia, incluyendo el reparto de dividendos, cuya percepción por parte de El Enebro era de trascendente importancia, hasta el punto de que, de no recibirlos, entraría en pérdidas; (iii) el bloqueo de cualquier decisión en contrario, al no ser posible modificar los estatutos sin su consentimiento” (FD Sexto)9).

2.1. Requisitos del abuso de derecho (art. 7.2 CC)

El Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de octubre de 2022 expone los requisitos exigidos por el art. 7.2 CC y la jurisprudencia –pacífica– que lo interpreta para considerar la concurrencia de abuso de derecho en la adopción de acuerdos sociales. Para ello, parte de la STS 73/2018, de 14 de febrero, (ponente R. Saraza Jimena). Con cita de sentencias anteriores10), la STS 73/2018 expone los tres requisitos necesarios para apreciar el abuso de derecho: en primer lugar, el uso aparente o formalmente correcto de un derecho subjetivo o potestad jurídica; en segundo, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, el acto u omisión cuestionado sobrepuje manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho; y, por último, que se cause daño a un tercero porque se afecte negativamente a un interés que no está específicamente protegido11).

El uso formalmente correcto de un derecho subjetivo o potestad jurídica fue en la STS 73/2018, el de asistir y votar en la junta general a favor de un aumento de capital. En la sentencia de 25 de octubre de 2022, el de asistir y votar en una junta universal a favor de una serie de modificaciones estatutarias. No hubo infracción del régimen previsto en la ley de sociedades de capital para la emisión de participaciones ni de la adopción y ejecución del acuerdo de aumento del capital como tampoco lo ha habido en la sentencia de 2022 respecto al régimen de los acuerdos de modificación estatutaria.

Respecto al exceso manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho, en la STS 73/2018 la sociedad limitada acordó el aumento de capital después de que el demandante comunicara el ejercicio de su opción de compra, como reacción a la decisión del demandante de ejercitar su derecho de opción de compra de las participaciones sociales que le otorgarían la titularidad de la mayoría del capital social: con la adopción del acuerdo de aumento de capital se persigue impedir que el demandante consiga la mayoría en la sociedad12). En la sentencia de 25 de octubre de 2022, los acuerdos de modificación de estatutos perseguían impedir que el cabeza de familia alcanzara la mayoría en la matriz El Enebro S. A.

En relación con el perjuicio o daño a tercero, en la STS 73/2018 consistió en impedir que el demandante, mediante el ejercicio de su opción de compra, adquiriese las participaciones que suponían la mayoría del capital social. En la sentencia de 25 de octubre de 2022, la lesión al interés legítimo de tercero –pero socio de la matriz– consiste en impedirle alcanzar el control de la sociedad por suprimirse estatutariamente el derecho de adquisición preferente en las transmisiones de las acciones de la sociedad originadas por ejecuciones judiciales o administrativas e incluirse un nuevo artículo 7 bis en los estatutos por el que se atribuyen a los acreedores pignoraticios los derechos políticos correspondientes a las acciones pignoradas (recuérdese que Vega Sicilia adquirió de los cinco hijos consejeros acciones de Eulen constituyendo en garantía de la operación una prenda sobre acciones de la sociedad Vega Sicilia). A ello hay que añadir el establecimiento de un *quorum* reforzado en los estatutos del 66,66 % del capital social, para aprobar válidamente el nombramiento de administradores o cualquier modificación de los estatutos sociales, lo que *de facto* impedía al cabeza de familia, socio mayoritario, conseguir la aprobación de determinados acuerdos sociales sin el voto favorable de todos o algunos de los hijos enfrentados. Con ello se privaba de eficacia a los derechos que podían derivarse de la eficacia del pacto parasocial que reconocía los derechos políticos sobre un bloque de acciones del El Enebro al usufructuario que junto con las que ya poseía, le garantizaban el control de la matriz.

En relación con este tercer requisito, precisa el Tribunal Supremo: “lo que provoca la nulidad del acuerdo no es el hecho de que afecte negativamente al derecho de un tercero”. El ejercicio de los derechos por parte de sus titulares supone hacer uso de un haz de facultades que, normalmente, afectan negativamente al ámbito jurídico de los terceros, pero eso no los hace ilícitos. De ahí el axioma clásico que afirma que ‘el que usa de su derecho no causa daño a nadie’. Como declaramos en la sentencia 73/2018, de 14 de febrero: “Lo que provoca la nulidad del acuerdo es que esa afectación negativa al derecho de un tercero o, lo que es lo mismo, el perjuicio para el tercero, ha sido producido por un acuerdo contrario a la ley, y que esa contrariedad a la ley consiste en que el acuerdo constituye un abuso de derecho”. (FD Quinto, 8 de la STS de 25 de octubre de 2022).

IV. CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo mantiene la línea jurisprudencial que permite la impugnación de los acuerdos sociales de una sociedad de capital por concurrir abuso de derecho con base en el artículo 7.2 del Código Civil aun cuando esta causa o motivo de impugnación no aparezca expresamente en el artículo 204 de la Ley de sociedades de capital. Estaríamos ante acuerdos sociales contrarios a la ley, en una interpretación amplia del término ley recogido en el artículo 204 no circunscrito a la legislación societaria¹³).

La reforma de la ley de sociedades de capital operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, no ha supuesto alteración de la doctrina jurisprudencial relativa al abuso de derecho por contravención del artículo 7.2 del Código Civil –objeto de interpretación restrictiva– ni limita los motivos de impugnación de los acuerdos sociales abusivos a los expresamente recogidos en el artículo 204 de la ley de sociedades de capital.

La peculiaridad del caso al que se refiere la sentencia de 25 de octubre de 2022 (y con anterioridad la STS 87/2018, de 15 de febrero, sobre los mismos hechos) es que el impugnante es un tercero con interés legítimo y no un socio minoritario. Son aún menos frecuentes las sentencias que declaran la nulidad de los acuerdos sociales por ser contrarios a la ley al constituir un abuso de derecho cuando el legitimario perjudicado es un tercero, si bien en el caso de autos este tercero es socio de la matriz titular del 99,99 % del capital social de la sociedad que aprobó los acuerdos modificativos de sus estatutos.

Estamos en nuestra opinión ante un motivo de impugnación de acuerdos sociales de escaso éxito en la práctica y ello por varias razones: en primer lugar, porque el motivo de impugnación no es subsumible en el conflicto intrasocietario (abuso de la mayoría); en segundo lugar, porque el demandante ha de probar la concurrencia de los tres requisitos que la jurisprudencia entiende deben concurrir para apreciar abuso de derecho *ex art.* 7.2 del Código Civil de forma indubitable, al implicar la nulidad de los acuerdos por contravenir la ley (art. 204.1 LSC en relación con el art. 7.2 CC) a instancias de un tercero no socio una injerencia en la autonomía de la voluntad de la persona jurídica societaria. Injerencia no discutida para aquellos acuerdos sociales contrarios al orden público, pero no tan pacífica en los supuestos de adopción de acuerdos contrarios a la ley.

El mantenimiento de esta línea jurisprudencial no contradice uno de los objetivos de la reforma del artículo 204 por la Ley 31/2014 que es, en palabras de la Comisión de Expertos¹⁴) “minimizar los riesgos de uso oportunista o táctico del derecho de impugnación”. La reforma no ha alterado el concepto de abuso de derecho al que se refiere el artículo 7.2 del Código Civil puesto que se circscribe al ámbito societario y pondera, según indica el Preámbulo de la Ley 31/2014, las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías –esto es, del conflicto mayoría-minoría en la sociedad de capital– y la seguridad del tráfico jurídico. Sólo en los supuestos más graves y atendiendo a las concretas circunstancias del caso (abuso relacional) procederá la declaración de nulidad de los acuerdos sociales a instancias de terceros titulares de interés legítimo formalmente ajenos a la relación jurídico-societaria.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALFARO, J., "Pactos parasociales con terceros y efectos sobre los acuerdos sociales que infringen dichos pactos", *El almacén de Derecho*, 28 de febrero de 2018, <https://almacenedederecho.org/pactos-parasociales-terceros-efectos-los-acuerdos-sociales-infringen-dichos-pactos>.

BAENA BAENA, P. J., "Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales [arts. 206.1, 2 y 3, 251.1 y 495.2.b] LSC)", en AA. VV. *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad Cotizada*, (dir. F. Rodríguez Artigas, A. Alonso Ureba, L. Fernández de la Gándara, L. A. Velasco San Pedro, J. Quijano Gonzalez y G. Esteban Velasco), t. I, Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 533-573.

BAENA BAENA, P. J., "Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar el acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018", *RdS*, 53, 2018, versión digital.

CARRASCO PERERA, A., *Tratado del abuso del derecho y del fraude de ley*, Civitas, Cizur Menor, 2016.

CARRASCO PERERA, A., "La (im)procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso del derecho de los socios", *Análisis GA_P*, julio de 2018, p. 3 (<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/la-improcedencia-de-impugnar-acuerdos-societarios-sobre-la-base-del-abuso-del-derecho-de-los-socios.pdf>).

GALLEGO CORCOLES, A., "Impugnación de acuerdos sociales por abuso de mayoría e infracción de pactos

parasociales omnilaterales tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, en AA. VV., *Derecho de sociedades: revisando el Derecho de sociedades de capital* (dir. González Fernandez y Cohen Benchetrit), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1427-1448.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., “Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios”, en AA. VV., *Tratado de conflictos societarios* (dir. E. Ortega), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 183-268.

MASSAGUER, J., “Artículo 206. Legitimación para impugnar”, en AA. VV., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, (coord. J. Juste Mencía), Civitas, Madrid, 2015, pp. 247-269.

MASSAGUER, J., “Comentario al artículo 206” en AA. VV. *La junta general de las sociedades de capital. Comentario a los artículos 159 a 208 LSC* (coord., J. Juste Mencía y A. Recalde Castells), Civitas, Madrid, 2022, pp. 816-848.

NOVAL PATO, J., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de pactos omnilaterales. Comentario a la sentencia 300/2022, de 7 de abril”, *RdS* 66, 2022 pp. 147-178.

PULGAR EZQUERRA, J., “Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría”, en AA. VV. *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad Cotizada*, (dir. F. Rodríguez Artigas, *et alii*), t. I, Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 303-331.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Comentario al artículo 204” en AA. VV. *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, t. I, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1434-1446.

SANCHO GARGALLO, I., “Comentario al artículo 204” en AA. VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. J. A. García-Cruces e I. Sancho Gargallo), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 2837-2873.

VELASCO SAN PEDRO, L. A., “La legitimación de terceros para la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en AA. VV., *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros. Libro homenaje al profesor Sequeira Martín*, Sepin, Madrid, 2022, pp. 241-258.

1 Roj: STS 3849/2022. ECLI:ES:TS:2022:3849.

2 GALLEGOS CORCOLES, A., “Impugnación de acuerdos sociales por abuso de mayoría e infracción de pactos parasociales omnilaterales tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, en AA. VV., *Derecho de sociedades: revisando el Derecho de sociedades de capital* (dir. González Fernandez y Cohen Benchetrit), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1427-1448, p. 1430 y ss., resume las dos tesis al respecto: la recogida en el artículo 213.21 de la Propuesta de Código Mercantil de 2013 y posteriormente en la propuesta de la Sección Segunda de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado de marzo de 2018, (el incumplimiento de los pactos parasociales no constituye motivo de impugnación de los acuerdos sociales) y quienes defienden la eficacia societaria del pacto parasocial omnilateral y por tanto la admisibilidad de su incumplimiento como causa de impugnación del acuerdo. Entre estos últimos, recientemente, aunque con matices, NOVAL PATO, J., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de pactos omnilaterales. Comentario a la sentencia 300/2022, de 7 de abril”, *RdS* 66, 2022 pp. 147-178, esp. pp. 159, 163 y 166 y ss. El artículo 213-21 de la Propuesta de Código Mercantil reza: “Pactos parasociales. 1. Los pactos celebrados entre todos o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos, estén o no depositados en el Registro Mercantil, no serán oponibles a la sociedad. *Los acuerdos sociales adoptados en contra de lo previsto en los pactos serán válidos*. 2. Son nulos aquellos pactos parasociales por los que uno o varios administradores de la sociedad se obliguen a seguir las instrucciones de socios o de terceros en el ejercicio de su cargo. 3. *Quien hubiere incumplido un pacto parasocial deberá indemnizar los daños y perjuicios causados y asumir las demás consecuencias previstas en el pacto*. 4. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a los protocolos familiares, haya o no constancia registral de su existencia o contenido”. Nótese que en el caso de autos, los impugnantes no eran socios de la sociedad Vega Sicilia que adopta los acuerdos litigiosos, sino de la matriz El Enebro, cuyos socios –todos– adoptaron el pacto parasocial en 1987. Reconocen expresamente la legitimación como terceros con interés legítimo a los socios de la matriz para impugnar los acuerdos adoptados por la filial, MASSAGUER, J., “Artículo 206. Legitimación para impugnar”, en AA. VV., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, (coord. J. Juste Mencía), Civitas, Madrid, 2015, pp. 247-269, p. 258, y con posterioridad en “Comentario al artículo 206” en AA. VV. *La junta general de las sociedades de capital. Comentario a los artículos 159 a 208 LSC* (coord., J. Juste Mencía y A. Recalde Castells), Civitas, Madrid, 2022, pp. 816-848, p. 833; BAENA BAENA, P. J., “Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar el acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018”, *RdS*, 53, 2018, p. 5 de la versión digital.

3 Matiza GALLEGUERO CORCOLES en el sentido de que el TS “sólo admite la impugnación de acuerdos adoptados con infracción de pactos parasociales omnilaterales si es posible subsumir el acuerdo en alguna de las causas de impugnación que contempla la normativa societaria”, *op. cit.* p. 1434.

4 El artículo único, apdo. 7 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, únicamente añade a este primer inciso del artículo 204 la referencia al reglamento de la junta general, permitiendo impugnar los acuerdos sociales que se opongan a ella. La reforma del artículo 204 suprime la distinción entre acuerdos nulos y anulables recogida en el texto original de la LSC de 2010, de forma que, con independencia de la causa de impugnación –ser acuerdos contrarios a la ley, opuestos a los estatutos o al reglamento de la junta general o producen lesión al interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros–, existe una sola categoría de acuerdos impugnables: los acuerdos nulos. La acción para la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público –que no es el caso de autos– ni caduca ni prescribe (art. 205 LSC) y cuenta con una legitimación más amplia que la del resto de acuerdos (art. 206.2), pero el alcance de la ineffectuación del acuerdo es común en todos los supuestos del art 204 LSC (v. SANCHO GARGALLO, I., “Comentario al artículo 204” en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. J. A. García-Cruces e I. Sancho Gargallo), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 2837-2873, pp. 2843-2844).

5 FD 5.º, apdo. 4 de la STS de 25 de octubre de 2022, con cita de las STS 73/2018, de 14 de febrero, 873/2011, de 7 de diciembre, y 991/2011, de 7 de enero de 2012. En contra, a propósito de la STS 73/2018, ALFARO, J., “Pactos parasociales con terceros y efectos sobre los acuerdos sociales que infringen dichos pactos”, *El almacén de Derecho*, 28 de febrero de 2018, <https://almacenedederecho.org/pactos-parasociales-terceros-efectos-los-acuerdos-sociales-infringen-dichos-pactos>. Con dudas, GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., “Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios”, en AA. VV., *Tratado de conflictos societarios* (dir. E. Ortega), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 183-268, p. 218. ROJO consideraba con acierto bajo el régimen anterior a la reforma de 2014 que en los acuerdos adoptados con abuso de derecho (art. 7.2 CC) el problema fundamental es la prueba de la existencia del abuso alegado (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Comentario al artículo 204” en AA.VV. *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, t. I, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1434-1446, p. 1440). En esta misma línea, GARCÍA-VILLARRUBIA para quien la aproximación restrictiva al abuso de derecho del art. 7 CC “hacía realmente difícil el éxito de la impugnación” (*loc. cit. supra*). En nuestra opinión, estas opiniones mantienen su vigencia tras la reforma de la LSC por la Ley 31/2014.

6 A ellos se refirieron las STS 641/1997, de 10 de julio, y 1136/2008, de 10 de diciembre.

7 (FD Quinto, 6. STS de 25 de octubre de 2022). En el mismo sentido –los acuerdos adoptados no son lesivos al interés social de Vega Sicilia S. A.–, la STS 87/2018 que de esta manera rectifica la de la Audiencia Provincial cuando priva “de acción de impugnación a los perjudicados por la adopción de acuerdos sociales que, alegan, han sido adoptados con abuso de derecho, puesto que si se considerase que la causa de impugnación debía reconducirse a que se trataba de acuerdos lesivos para el interés social de Vega Sicilia y, por tanto, anulables, no solo el plazo de caducidad sería menor, sino que además los hoy demandantes no habrían estado legitimados para impugnar los acuerdos, al no ser socios ni administradores de Vega Sicilia (art. 206.2 TRLSC, en la redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)” (FD Tercero, 8. STS 87/2018).

8 Bajo el régimen anterior a la reforma por la Ley 31/2014, también los terceros que acreditaran un interés legítimo estaban legitimados para impugnar los acuerdos nulos (los contrarios a la ley), v. la redacción original de los arts. 206.1 y 204 LSC. Recuerda VELASCO SAN PEDRO que es con la reforma de nuestro derecho de sociedades de 1989 cuando el nuevo art. 117.1 TRLSA reconoce la legitimación al tercero que acredite un interés legítimo para impugnar los acuerdos nulos. La modificación del art. 206 de la vigente LSC por la Ley 31/2014 limita la legitimación de los socios al exigir que representen, individual o conjuntamente, el 1% del capital, porcentaje que se reduce en las cotizadas al uno por mil [art. 495.2.b)], lo que contrasta con la ampliación de la legitimación de los terceros que acrediten un interés legítimo para impugnar acuerdos en todos los supuestos del artículo 204.1, lo que parece incoherente con la finalidad de protección de la minoría de la reforma de 2014 (VELASCO SAN PEDRO, L. A., “La legitimación de terceros para la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en AA. VV., *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros. Libro homenaje al profesor Sequeira Martín*, Sepin, Madrid, 2022, pp. 241-258, pp. 243-245). Para una detallada y acertada valoración de la modificación del art. 206, v. BAENA BAENA, P. J., “Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales [arts. 206.1, 2 y 3, 251.1 y 495.2.b] LSC”, en AA. VV. *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad Cotizada*, (dir. F. Rodríguez Artigas, A. Alonso Ureba, L. Fernández de la Gándara, L. A. Velasco San Pedro, J. Quijano González y G. Esteban Velasco), t. I, Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 533-573, esp. epígrafe II de la versión digital.

9 La legitimación de la recurrente en la STS de 25 de octubre de 2022 la resume el tribunal supremo como sigue: en cuanto que accionista minoritaria de El Enebro ha resultado perjudicada por los acuerdos sociales impugnados, “por cuanto privaban de eficacia a los derechos que podían derivarse del procedimiento judicial que estaba entonces en trámite y que acabaría devolviendo el control de El Enebro al sr. Juan Antonio [al cabeza de familia]. Por el contrario, merced a esos acuerdos, tal control acabó en manos de los cinco acreedores pignoraticios”. (FD Sexto, 2). En el marco de la teoría general sobre el abuso de derecho, se trata de un abuso de derecho relacional (por todos, CARRASCO PERERA, A., *Tratado del abuso del derecho y del fraude de ley*, Civitas, Cizur Menor, 2016, Parte primera, II. Abusos relacionales y abusos puntuales, subepígrafe 1. La delimitación: “Un escenario de abuso es *relacional* cuando la conducta relevante –la que ha de calificarse de lícita o de abusiva– tiene lugar en el seno de un contexto jurídico significativo apto para producir material jurídico *adicional* que sirva para la calificación de la conducta examinada” (se cita la versión digital). En el mismo sentido, posteriormente en “La (im)procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso del derecho de los socios”, *Análisis GAP*, julio de 2018, p. 3 (<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/la-improcedencia-de-impugnar-acuerdos-societarios-sobre-la-base-del-abuso-del-derecho-de-los-socios.pdf> : “Un abuso es relacional cuando adquiere significado de conducta prohibida por el artículo 7 del Código Civil dentro de un contexto y como resultado de la interpretación sistemática de conductas anteriores o posteriores entre los sujetos concernidos”).

10 SSTS 422/2011, de 7 de junio, 567/2012, de 26 de septiembre, 159/2014, de 3 de abril, y 58/2017, de 30 de enero El TS en la sentencia de 25 de octubre se refiere también a la sentencia 510/2017, de 20 de septiembre, en la que se apreció abuso de derecho conforme al art. 7.2 CC y se declararon nulos los acuerdos aprobados en una junta general en cuya convocatoria se incurrió en un abuso de derecho, “puesto que, aunque su convocatoria se ajustó formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurrieron (el administrador convocante se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan solo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptar el acuerdo de cese del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta). Del mismo modo, la sentencia 536/2022, de 5 de julio, confirmó la nulidad, por abuso de derecho (manifestado en mala fe y contravención de los actos propios), de unos acuerdos adoptados con privación del derecho de asistencia y voto a unos socios representados conforme a un sistema de representación previamente admitido por la sociedad en unas juntas generales precedentes y sin tiempo para que pudieran reaccionar a dicho cambio de criterio”. (FD quinto, 4). Pero no estamos en estas sentencias ante supuestos de abuso de derecho por lesionar interés de tercero sino de los socios.

11 FD Quinto, 4 STS 73/2018. En palabras de la STS de 25 de octubre de 2022 (FD Quinto, 1) “i) el uso formal o externamente correcto de un derecho; ii) que cause daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de esa conducta, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo, esto es, en ausencia de interés legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo)”. Precisa además la STS 73/2018 (FD Quinto, 9) que “la apreciación del abuso de derecho no exige que concurra otra infracción legal, y en concreto, que se haya infringido un determinado precepto del TRLSC, por cuanto que, como se ha dicho, se trata de una actuación aparente o formalmente amparada en la ley, pero que por las excepcionales circunstancias que en ella concurren, constituye una extralimitación que la ley no ampara y que dará lugar, de acuerdo con lo solicitado por el perjudicado, a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, por aplicación del art. 7.2 del Código Civil”, precisión que es recogida también en la sentencia de 25 de octubre de 2018.

12 “De acuerdo con lo afirmado en la sentencia recurrida el aumento del capital social no se realizó en defensa del interés social sino con la aviesa intención de frustrar el derecho de opción de compra del demandante y que este pudiera adquirir el control social” (STS 73/2018, FD Quinto, 6).

13 Ello sin perjuicio, como indica PULGAR EZQUERRA, de que los supuestos más frecuentes en la práctica de acuerdos contrarios a la ley *ex art.* 204 LSC lo son por incumplimiento de los preceptos de la LSC [convocatoria (arts. 166-177 LSC) y constitución (arts. 191-195 LSC) de la junta general, adopción de acuerdos (arts. 197-201 LSC), derechos de información y asistencia (arts. 196 y 197 LSC), aprobación de las cuentas anuales en relación con la imagen fiel del patrimonio o, en su caso, verificación por el auditor de cuentas. [PULGAR EZQUERRA, J., “*Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría*”, en AA. VV. *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad Cotizada*, (dir. F. Rodríguez Artigas, A. Alonso Ureba, L. Fernández de la Gándara, L. A. Velasco San Pedro, J. Quijano González y G. Esteban Velasco), t. I, Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 303-331, subepígrafe “Acuerdos contrarios a la ley (acuerdos ilegales)” de la versión digital].

14 Comisión de Expertos creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*, 14 de octubre de 2013, pp. 28-29.