

## ASPECTOS JURÍDICOS DEL PROTOCOLO FAMILIAR

**Tomás Marcos Sánchez**

*Abogado. Miembro de la AEDAF*

### SUMARIO

#### 1. INTRODUCCIÓN

#### 2. ÁMBITO JURÍDICO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

*2.1 Perfiles jurisprudenciales del principio de libertad de pactos*

*2.2 Ejemplos concretos de la virtualidad del principio de libertad de pactos*

#### 3. LÍMITES A LA LIBERTAD DE PACTOS. EJEMPLOS

*3.1 Derecho societario*

*3.2 Derecho de obligaciones y contratos, y derecho registral*

*3.3 Derecho de familia y sucesorio*

#### 4. CONTENIDO DEL PROTOCOLO

*4.1 Órganos:*

*4.2 El Trabajo en la empresa familiar:*

*4.3 Gestión común de la propiedad empresarial:*

*4.4 Planificación de la empresa familiar:*

*4.5 Reorganización de la empresa familiar*

## 1. INTRODUCCIÓN

Si entendemos por protocolo familiar el conjunto de acuerdos y manifestaciones unilaterales de voluntad tendentes a moderar el conjunto de las relaciones entre las propiedades empresariales y las familias a cuyo entorno sociológico se atribuyen aquellas, comprenderemos la grave dificultad que encierra la concreción de los perfiles concretos de la institución cuya virtualidad jurídica examinamos.

Ello comporta, como primera premisa, que los conceptos y valoraciones jurídicas que proyectemos sobre el protocolo deberán ser necesariamente entendidos desde el principio de relatividad.

Además, en nuestro sistema jurídico, la viabilidad de los pactos privados, al margen de los que se tipifican en las Leyes con perfiles y efectos concretos, tiene su asiento en el principio de la autonomía de la voluntad. Pero este principio es indisociable, también, del aludido principio de relatividad, de manera que la libertad de pactos que asegura la proclamación de la autonomía de la voluntad, debe rendir tributo a las limitaciones derivadas de la Ley, la moral, el orden público, y, en definitiva los intereses sociales y familiares especial o preferentemente tutelados por las Leyes indisponibles.

Finalmente para centrar esta materia no es, ni mucho menos, ocioso el conocimiento de la naturaleza humana. Contamos, al menos, y a falta de otros títulos, con el que proporciona la experiencia de la vida y el sentido común. Dice Séneca que no conviene estudiar para la escuela, como los sofistas, sino para la vida, a fin de crecer en verdadera sabiduría. Pues bien, desde este punto de vista la relatividad del efecto jurídico, e incluso familiar y personal del protocolo, se acentúa, si cabe, aún más. Recordemos el caso del venerable Demóstenes. Hijo de un rico empresario ateniense fallecido prematuramente, hubo de ver cómo su amantísimo padre le nombró por testamento tres tutores, dos parientes y un amigo, a quienes retribuyó testamentariamente de forma generosa por sus cargos. Con pretensión, además, en concordancia con el espíritu del protocolo familiar, de incluirlos en la familia, concediéndoles sendas dotes por el matrimonio con la madre viuda y la hermana de Demóstenes. Pero también tuvo que ver cómo cobradas las dotes, no se contrajeron los matrimonios, y cómo llegada su mayoría de edad, había desaparecido en beneficio de los tres réprobos toda la fortuna familiar. Ciertamente es que la capacidad forense de Demóstenes es proverbial, pero incluso él tuvo que pleitear largamente para recuperar una pequeña parte de sus propiedades. Si este vetusto antecedente del protocolo familiar tuvo tan aciago resultado, siendo quien era el interesado, conviene acentuar y subrayar la relatividad que definitivamente preside toda previsión a efectuar, y toda esperanza a depositar, en el protocolo familiar.

## 2.- ÁMBITO JURÍDICO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

Si se puede incardinar en el mundo del derecho una figura tan abierta como el Protocolo Familiar, es, como decimos, en derivación del principio de libertad de pactos que rige nuestro derecho privado, a partir del artículo 1255 del Código Civil:

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral, ni al orden público.

Son pues las Leyes las que se encargarán, con mayor precisión, de establecer los límites que sirvan de referencia al principio de libertad de pactos. Generalmente, las leyes fijan estos límites en forma de normas de derecho imperativo, no disponible por pactos privados, que tienden a garantizar los intereses familiares, a través de las normas del derecho de personas y del derecho testamentario, los intereses de la colectividad o de terceros a través del derecho constitucional, del derecho de obligaciones y contratos y el derecho registral, y los intereses de las minorías a través del derecho de sociedades.

No tengo la pretensión, ni la capacidad, ciclópeas, de exponer con detalle la totalidad de las normas imperativas que en los ámbitos citados suponen una limitación del principio de libertad de pactos.

Como tampoco mi objetivo es una exposición académica de la materia, sino meramente didáctica y vinculada a la práctica de la vida profesional, elegiré como método expositivo la referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la virtualidad y límites de la libertad de pactos en aquellos aspectos que pueden guardar alguna relación, a mi parecer, con el protocolo familiar.

## *2.1 Perfiles jurisprudenciales del principio de libertad de pactos:*

**2.1.1 Validez del pacto de no concurrencia:** Con ciertos límites impuestos por el principio de libre competencia, fundamental en actuaciones sectoriales, muy potenciadas por la evolución del derecho comunitario.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1966:

“La cláusula de “exclusiva” se viene configurando en la doctrina científica como un pacto de limitación de la concurrencia, susceptible de ser incorporado a diversos contratos, singularmente al de compraventa, y que puede correr tanto a cargo del vendedor, como del comprador, con efectos vinculantes siempre que no sea ilimitado en el tiempo o en el espacio; y aunque nuestro ordenamiento jurídico positivo carece de una regulación específica de tal figura, tampoco la excluye, pues el principio de autonomía de la voluntad característico de la contratación la permite, al amparo de la libertad consagrada en este artículo, sin que en principio, y en términos generales, el mencionado pacto de exclusiva sea contrario a las leyes la moral o el orden público, ya que por el contrario es instrumento eficaz para la expansión de las operaciones mercantiles, cuando en un contrato de compraventa asume el vendedor la obligación de no vender a personas en determinada zona, cosas idénticas a las enajenadas, tal negocio jurídico, sin perder las notas esenciales propias de su naturaleza, reviste un matiz especial, de tal modo que junto a la obligación positiva de dar –entrega de la cosa vendida–, existe otra de carácter negativo –no hacer–, ambas situadas en la misma línea de principalidad y determinantes de una contraprestación compleja ...”

**2.1.2 Validez de los negocios fiduciarios dentro de los criterios de la buena fe y confianza y salvo causa ilícita o simulada:** Pero teniendo en cuenta los efectos de la simulación contractual, absoluta o relativa, que pueden determinar la invalidez de algunos, y ciertas prohibiciones legales, como la del pacto comisorio, de figuras muy afines:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1998: fiducia cum creditore y pacto comisorio.

Se llega así a la contemplación del motivo sexto, cuyo adecuado estudio hace preciso adentrarse en la naturaleza del contrato origen de la discordia, el cual, no obstante el inicial acuerdo de las partes e incluso de las dos sentencias dictadas, no ofrece una tipificación tan clara como la que se le ha dado, por cuanto **más que de negocio fiduciario merece la calificación de fiducia, diferencia radicante en que si bien en unos y otros concurren dos manifestaciones negociales distintas; en este caso un préstamo y una venta con pacto de retro, en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido**, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa eficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado, finalidad que en casos como el presente, consiste para el prestatario en obtener el capital que necesita y para el prestamista garantizarle la devolución de lo prestado. A estos efectos, debe ponerse de relieve, que los presupuestos fácticos expuestos en su lugar oportuno, muestran cómo en este caso la razón de ser de la venta con pacto de retro fue precisamente el préstamo concedido al firmarse el documento privado de 31 de diciembre de 1970, por Almacenes Melo al señor Y. B. En cuanto a la posibilidad de estos negocios de garantía con fiducia, o de fiducia en garantía -que no fiduciarios- tiene su razón de ser, además en las peculiaridades que se han dejado expuestas, en la circunstancia de que el Código Civil no limita las figuras contractuales a salvo las prohibiciones del art. 1255; que el art. 3.1 del Código Civil, proclama la aplicación del derecho atendiendo a las necesidades sociales de cada momento histórico, lo que ha permitido la creación de nuevos tipos o manifestaciones tanto de derechos reales, como de contratos de lo cual son ejemplo la admitida distinción entre servidumbres de paso y "serventías" o la de los contratos de renta vitalicia y los vitalicios. Pero es que, además, tampoco puede olvidarse a los efectos de configurar esa figura de la fiducia, que la Ley no favorece ni el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial, marcos éstos entre los que se encuentra comprendido el enriquecimiento injusto, a cuyos efectos debe señalarse que el importe de los préstamos otorgados por la Agencia Melo al señor Y. B. ascendía a CINCUENTA Y UN MILLONES DE PESETAS y la garantía inmobiliaria comprendía 40 apartamentos y tres locales en el "Edificio Martina", sito en la Orotava.

DECIMO OCTAVO.-Y siguiendo con esta motivación, para completar su estudio se hace preciso aludir a otro aspecto de la misma, el relativo a los **"pactos de lex comisorio"**, eje juntamente con el anteriormente tratado de la contraposición entre la tesis de la sentencia impugnada y la en este motivo alegada, pacto cuya admisión en este caso concreto se rechaza. **Este repudio, obedece a la consideración de que en aquellos casos en que como el aquí contemplado la causa eficiente de la garantía consistente en**

la transmisión de la propiedad fue el préstamo, la aceptación de estos pactos no es aconsejable: a) Porque si bien es innegable que la doctrina de esta Sala los tiene admitidos para ciertos supuestos, ello no tiene un carácter general en cuanto que en otros los rechaza; b) Porque en el Código Civil existe una concreta prohibición de los mismos para los contratos de garantía a que el art. 1859 se refiere (hipoteca y prenda); c) Porque aun cuando algún sector de la doctrina científica no lo admita, lo cierto es que la más generalizada posición acepta que la prohibición contenida en dicho precepto puede extenderse a otros supuestos, lo cual no rechaza la jurisprudencia de esta Sala, extensión que puede operarse perfectamente para casos como el presente (de mutuo), por virtud de la aplicación analógica de referido precepto y a tenor de lo dispuesto en el art. 4.1 del Código Civil, máxime cuando de tal analógica aplicación no resulta para el prestatario el evidente perjuicio que podría derivar de la atribución de propiedad al prestamista de los 43 locales y apartamentos que se han dejado indicados, ni tampoco lo supone para el prestamista quien ostenta como garantías, además del "ius distrahendi" un derecho de preferencia para el cobro de su capital, sin olvidar el derecho a ejercitar judicialmente las oportunas acciones para exigir el cumplimiento del débito, así como el de interesar la venta en pública subasta de los bienes que sirven de garantía al préstamo. Por todas estas consideraciones, el motivo sexto es estimado.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1999: fiducia cum creditore y pacto comisorio.

La cuestión jurídica esencial sobre el fondo del presente caso gira alrededor del negocio fiduciario, que ha servido a la Sentencia de primera instancia para estimar la demanda y a la de la Audiencia Provincial para desestimarla; esta última es la que es objeto del recurso de casación. Ciertamente esta Sala ha mantenido la doctrina del negocio fiduciario, en su consideración del doble efecto, real y obligacional, que fue importado incluso en su terminología de la doctrina alemana, pese a ser distintos los presupuestos básicos del derecho civil en este extremo; pero la doctrina española más especializada discute su autonomía, niega la existencia de la llamada "causa fiduciae" y cada vez más lo asimila, en muchos casos, al negocio jurídico simulado, con simulación relativa, cuyo negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez; la propia jurisprudencia no ha sido ajena a esta evolución y en ocasiones apunta la existencia de la simulación: la Sentencia de 6 de abril de 1992 (RJ 1992\6186) dice que "la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender"; la de 5 de abril de 1993 (RJ 1993\2791) dice: "lo que sitúa el caso que nos ocupa en el ámbito jurídico de la simulación (absoluta o relativa) pero no en el de la fiducia"; la de 22 de febrero de 1995 (RJ 1995\1700) dice, refiriéndose a un negocio fiduciario, que "no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante" y añade: "el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia..."; la de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8784) se refiere expresamente a la "simulación de la (compraventa) referente a los recurrentes..."; la de 19 de junio

de 1997 (RJ 1997\5418), tras exponer la doctrina del contrato fiduciario, declara "ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio jurídico fiduciario contemplado en el mismo".

En el presente caso, por más que se hable de negocio jurídico fiduciario en la Sentencia de instancia, que no le aplica los efectos que según la doctrina le eran propios, no hay sino un negocio jurídico simulado. Las partes celebran sendos contratos de compraventa y en documento privado, reconocido por todas ellas, manifiestan que lo han celebrado "sin verdadero "animo vendendi"". La simulación es relativa, en el sentido de que encubre, disimula, el verdadero negocio jurídico, el cual es, como dicen en el mismo documento, "garantía de la devolución de las cantidades adeudadas". Como consecuencia, dice el documento, tras la compraventa se concede a los pseudo-vendedores el derecho de retracto sobre las fincas pseudo-vendidas. El negocio disimulado es, pues, la garantía del préstamo y ésta no consiste sino en hacer suyas las fincas dadas en garantía: lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio prohibido, con antiguos precedentes, en nuestro Derecho en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

En conclusión, tal como expresan las propias partes contratantes, la compraventa de las fincas nunca se quiso ("sin verdadero "animo vendendi") y no hubo precio; fue un negocio jurídico simulado, que simuló con la compraventa con pacto de retro la garantía de un crédito, consistente en un pacto comisorio, ilícito, por lo que el negocio jurídico simulado adolece de causa ilícita y es nulo.

Por tanto, no cabe estimar el motivo tercero del recurso de casación que se formula al amparo del núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se denuncian como infringidos los artículos 1254, 1255, 1258 en relación con los artículos 1281.1º y 1282 del Código Civil. No cabe en casación alegar, como motivo, la infracción de artículos heterogéneos y de carácter tan general como los que se refieren al concepto de contrato, al principio de autonomía de la voluntad, a la eficacia y a la interpretación del mismo: así, Sentencias de 3 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8361), 7 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9619 y RJ 1998\9621) y 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10160). Lo que realmente se mantiene en este motivo es la validez de la compraventa como contrato transmisivo de propiedad, en la que no tuvo efecto el retracto convencional, a sabiendas de que las partes expresaron que no querían vender y que el negocio jurídico era en garantía, para cuyo efecto se pretende la ejecución de un puro pacto comisorio. No se estima, pues, el motivo. Como necesaria consecuencia, se desestima también el motivo cuarto que, al amparo del núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción del artículo 348 del Código Civil y se refiere a la posesión -que se reclama en la demanda y no ha sido estimada en la instancia- de las fincas: si se desestima el motivo anterior, rechazándose la declaración de propiedad de las fincas, no cabe discutir siquiera la reclamación de la posesión de las mismas.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2000: fiducia cum amico titulando a nombre de persona diferente del pagador:

El motivo tercero del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de la jurisprudencia contenida en las Sentencias de 18 febrero 1965 (RJ 1965\882), 22 noviembre 1935, 7 enero 1944 (RJ 1944\109), 10 marzo 1944 (RJ 1944\526), 28 enero 1946 (RJ 1946\111), 2 junio 1982 (RJ 1982\3402), 27 junio 1980 (RJ 1980\2414), 20 mayo 1986 (RJ 1986\2735), 8 marzo 1988 (RJ 1988\1607) y 15 octubre 1970–, igualmente se desestima porque no se ha producido la infracción expresada, ya que el negocio fiduciario consiste **en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista**, y esta Sala ha proclamado reiteradamente que, cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz, y de ahí que el planteamiento de la recurrente -sobre que el incumplimiento por el fiduciario de su promesa obligacional no derivará en la pérdida de la titularidad atribuida por un negocio transmisivo seguido de "traditio", como sucedería en un "pacto de retro", sino que éste sólo responderá del incumplimiento de la obligación según lo establecido en los artículos 1096 y 1101 del Código Civil-, no sirve como apoyo de la indemnización sustitutiva, pues, de una parte, el artículo 1096 compatibiliza la ejecución forzosa con la compensación de daños y perjuicios a elección del acreedor y, de otra, la recurrida, en uso de la opción expresada, ejercitó en el pleito una acción reivindicatoria con la asistencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su éxito, a saber: la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quien tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien, y la debida identificación de la cosa, y lo hizo con el objetivo de recuperar el dominio, en realidad nunca perdido en virtud de la "fiducia cum amico" incrustada en la relación jurídica con simulación relativa de persona interpuesta, donde, al quebrar la relación de confianza por la conducta del fiduciario, tenía aptitud legal para el ejercicio de dicha acción.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1999: fiducia cum amico con titulación a nombre de persona que asume la obligación de transmitir a un tercero:

... pues aparece suficientemente explicitado que el negocio fiduciario válido (celebrado verbalmente entre doña Froilana P. L. y los cónyuges don José Luis S. de M. y doña Mercedes A. A.) tenía por finalidad que esta última señora figurara como compradora del piso litigioso en la tantas veces repetida escritura pública de compraventa de fecha 10 de junio de 1974, pero con la obligación ulterior de la misma de transmitir el dominio de dicho piso a doña Froilana que era la verdadera compradora, pues suyo era el dinero con el que se pagó el precio de la misma, a lo que ahora se niegan los referidos esposos demandados, lo que ha determinado, a petición de la actora (heredera de doña Froilana), que la sentencia recurrida declare la nulidad de la compraventa instrumentada en la tantas veces repetida escritura pública de fecha 10 de junio de 1974, por falta de causa, por no ser doña Mercedes A. A. la verdadera compradora del piso, al no haber pagado precio alguno, pues quien lo pagó fue doña Froilana P. P. con dinero propio suyo.

... en el presente litigio no se impugna la validez, que nadie discute, del contrato fiduciario verbal en su modalidad de la "fiducia cum amico", celebrado entre doña Froilana P. L. y los esposos don José Luis S. de M. D. y doña Mercedes A. A., sino la validez del contrato de compraventa que, en cumplimiento parcial del referido negocio fiduciario, se celebró mediante la escritura pública de fecha 10 de junio de 1974, ya que **el objeto de la fiducia, en la expresada modalidad "cum amico", era que la fiduciaria doña Mercedes A. A. figurara formalmente, en la referida escritura pública, como compradora (sin serlo realmente) del piso litigioso, con el compromiso de luego transmitir el dominio del mismo a la verdadera compradora (doña Froilana P. L.) o a sus herederos, cuyo compromiso, verdadero y único objeto de la expresada fiducia "cum amico", ha dejado de cumplir la fiduciaria doña Mercedes A. A., al pretender ahora atribuirse la verdadera y real titularidad dominical del piso litigioso, con base en el contrato de compraventa celebrado mediante la tantas veces repetida escritura pública de fecha 10 de junio de 1974, cuyo contrato de compraventa es el que se declara nulo por falta de causa, al no pertenecer el precio de la venta a la expresada fiduciaria, sino que el mismo pertenecía a la fiduciante doña Froilana P. L., que fue la verdadera y única compradora.**

**2.1.3 Negocios preliminares o preparatorios de los que derivan obligaciones de hacer susceptibles de cumplimiento forzoso, y solo en caso de imposibilidad de cumplimiento, indemnización de daños y perjuicios:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998:

**... todo lo cual configura, cual señala la Audiencia, bien una compraventa de cosa futura, conforme a los artículos 1445 y 1450 del Código Civil, perfeccionada por el mero consentimiento, cual señalan los propios preceptos y las Sentencias de 13 junio 1987 (RJ 1987\4297), 18 febrero 1988 (RJ 1988\1115), 20 octubre 1990 (RJ 1990\8029) o 22 octubre 1992 (RJ 1992\8402), que no está sujeta a ningún requisito especial de forma, sujetándose a la libertad consagrada en el artículo 1278 del Código Civil, ya una promesa bilateral de compra y venta recíprocamente aceptada, con conformidad en la cosa y en el precio, que, según la tesis de la Audiencia, puede mantener sustantividad como negocio preparatorio o precontrato por el que las partes no quedan definitivamente vinculadas como comprador y vendedor, pero se reconocen la facultad de exigirse en el futuro el cumplimiento de la relación proyectada sin necesidad de nuevo consentimiento, porque la posibilidad de cumplimiento forzoso está unánimemente reconocida por la jurisprudencia; así, en la Sentencia de 3 marzo 1992 (RJ 1992\2156) se dijo que "como ha sido reconocido en las Sentencias de esta Sala de 1 julio 1950 (RJ 1950\1187), 2 febrero 1959 (RJ 1959\2894) y 26 marzo 1965 (RJ 1965\1481), vigorizando tal relación jurídica, se permite y en consecuencia posibilita el cumplimiento forzoso de la promesa de compraventa con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, en contra de la dirección que se venía indicando de una mera indemnización de daños y perjuicios, limitándose ésta sólo para el supuesto, no apreciado en el presente caso, de que el contrato, por cualquier causa, no se pueda cumplir"; en la de 24 diciembre 1992 (RJ 1992\10657) se reitera la posibilidad de cumplimiento forzoso que se afirma en la de 13 diciembre 1989 (RJ**

1989\8824), al decir "permitiéndose desde el 1 de julio de 1950 el cumplimiento forzoso, con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, circunscribiendo el derecho a indemnizar para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir –Sentencias de 2 febrero 1959 y 26 marzo 1965–"; finalmente, siguiendo la misma trayectoria, la Sentencia de 25 junio 1993 (RJ 1993\5384), después de señalar que el precontrato ya es en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o ley de bases del siguiente, adopta la postura respecto a su fuerza vinculante o cumplimiento forzoso, siguiendo la más reciente jurisprudencia de la Sala, de que al consistir el objeto del precontrato en una obligación de hacer, una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento, cumplimiento forzoso que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo (Sentencias de 1 julio 1950, 2 febrero 1959, 26 marzo 1965 y 13 diciembre 1989).

#### 2.1.4 Negocios plúrimos o múltiples, para persona que se designará:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1997, con curioso pronunciamiento fiscal:

El primer motivo del actual recurso de casación lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que, sigue diciendo dicha parte, en la sentencia recurrida ha habido infracción de los artículos 1445, 1461, 1462.2 y 1500 del Código Civil en relación con los artículos 609, 1261.1.º, 2.º y 3.º, 1262.1.º, 1265, 1271.3.º, 1272, 1274 y 1275 de dicho Cuerpo Legal y la doctrina jurisprudencial respecto de los mismos.

Este motivo debe ser desestimado en su totalidad y con todas sus consecuencias.

En el "iter" negocial que se ha especificado, **surge la figura doctrinal no amparada pero no prohibida por la normativa del Código Civil y leyes similares, del contrato atípico denominado "para persona que se designará", que casi siempre se embebe en la figura del contrato de compraventa, y cuya característica esencial en la realización contractual, queda normalmente establecida entre el estipulante –comprador–, el promitente –vendedor– y un tercero, y éste cuando se consuma el contrato, pasará a ocupar el lugar del estipulante, el cual quedará, entonces, fuera del contrato. Suponiendo siempre dicha figura contractual, una actuación de gestión y otra actuación de mediación.**

En el presente caso aparecen nítidamente configuradas las figuras de la promitente - Gloria C. M.- y el estipulante -Marciano R. O.-. **En cuanto a la figura del tercero "Jerconsa" se ha de decir, que ha surgido a través de la figura de la "electio", y esta elección se ha efectuado a través de un tracto sucesivo de figuras personales, que han ido ocupando el lugar de tercero, a virtud de pactos legalmente establecidos, hasta llegar a la plasmación definitiva en una escritura pública en la que se constata, con todas sus consecuencias, quién es ese tercero que desde el instante mismo de dicha plasmación asume todos los derechos y todas las obligaciones derivadas del contrato primigenio en cuestión.**

En resumen y como colofón se puede decir que en la presente "litis" **las partes aplicadas han actuado en un negocio jurídico múltiple pero conexo, que ha surgido, con gran énfasis en la vida comercial y económica actual, con el fin de evitar operaciones reduplicadas y sobre todo para evitar o soslayar diversas actuaciones impositivas desde un punto de vista de la fiscalidad.**

Por lo tanto, en el presente caso, se vuelve a repetir, **no se puede hablar de un contrato sin consentimiento, objeto y causa, y se puede afirmar que ha existido un contrato de compraventa perfecto, bajo la modalidad de comprador con la especialidad de persona a designar.**

### 2.1.5 Efectividad de las declaraciones unilaterales de voluntad no contractuales :

- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995:

**... para señalar como infringidas las normas de interpretación de los contratos, aplicables por extensión analógica a las declaraciones de la voluntad que no sean contratos**, demostrando cómo y por qué se habrían vulnerado, o, en su caso, las normas sobre la confesión judicial. Nada de esto se ha hecho, y se pretende obviar esta necesidad casacional oponiendo al juicio de la Audiencia el de una prueba testifical, pero **no hay ninguna regla legal que obligue a anteponer la prueba testifical a la documental o la confesión**, que es lo que en sustancia se pretende, así como tener por inmutable, cierto y seguro lo que declare cualquier testigo.

### 2.1.6 Validez de pactos privados sin escritura sobre derechos reales:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995:

Han de prosperar los motivos examinados, por cuanto: a) Presupuesta la validez de los pactos documentados por las partes en 8 de marzo de 1989 –no puesta en duda por la Audiencia y acertadamente razonada en la sentencia del Juzgado–, se tiene que su contenido real –se declara que "los reunidos, en el concepto y la representación en que respectivamente actúan... son los únicos y exclusivos propietarios del negocio complejo integrado por el "Hotel Roca Nevada", con la gasolinera a él contigua, en término de Villanúa, en la provincia de Huesca, y las concesiones hoy en vigor, con las edificaciones e instalaciones hoy existentes en los terrenos concedidos"– hace necesario para su plena efectividad, incluso "erga omnes", el otorgamiento de la escritura pública, pues nos hallamos ante un acto confirmatorio o reconocitivo con la finalidad de obtener la fijación jurídica de una situación anterior, dando así constancia de negocios previos a los que confiere certeza y claridad (Sentencias de 19 noviembre 1974 [RJ 1974\4267], 5 febrero 1981 [RJ 1981\350] y 23 junio 1983 [RJ 1983\3654]), por lo que ha de considerarse comprendido en el número 1.º del artículo 1280 al ser indisociable de los pactos originarios que constan en los antecedentes ya expuestos; y b) Es cierto, como se dice en la sentencia impugnada, que se "plantea una controversia de forma", pero es obvio que de tal circunstancia no cabe inferir la desestimación de lo pretendido en la demanda, y las consecuencias que pueda producir la procedente elevación a escritura pública

del documento de 8 de marzo de 1989, y su valoración y eventual inscripción en el Registro de la Propiedad, son ajenas a este litigio.

### **2.1.7 Relevancia interpretativa de los actos coetáneos o posteriores a los contratos:**

- Sentencia de 20 de julio de 1994:

Como segundo motivo casacional, también con amparo en igual cauce procesal que el anterior, se denuncia otra vez la infracción del artículo 1255 ya citado en relación con el artículo 1281 del Código Civil. Esto es se replantea el mismo problema ya resuelto en el apartado precedente, con la adición de la perspectiva expresa de la interpretación literal de los contratos, con referencia al plazo, mas debe observarse que la sentencia con acierto acude para integrar su interpretación no a este artículo sino al siguiente, es decir, que valora la intención de los contratantes y atiende a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato, de manera que ha de estarse a la doctrina reiterada de esta Sala que al señalar que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de sus declaraciones de voluntad, considera que la función de interpretación y calificación es privativa de los juzgadores de la instancia y ha de ser mantenida en casación en tanto no se revele como ilógica o contraria a las normas de hermenéutica contractual [Sentencia del Tribunal Supremo de 3 mayo 1993 (RJ 1993\3400)]. Por ello fenece el motivo.

*2.2 Ejemplos concretos de la virtualidad del principio de libertad de pactos:*

#### **2.2.1 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1993: Derecho de adquisición voluntaria preferente junto con contrato de arrendamiento de finca:**

Al mismo tiempo el documento privado que contiene el negocio arrendaticio, presente una cláusula adicional, en virtud de la cual se estipula el derecho de adquisición preferente de la finca y camping tanto a favor de la entidad "Casablanca SA" como de la sociedad recurrente, subarrendataria de aquélla ("Betsa"). Se trata de un convenio que, de reunir todos los requisitos de validez para su eficacia, emanado de la voluntad de los interesados (tanteo y retracto voluntarios según la orientación doctrinal), surge al tráfico jurídico al amparo de la libertad contractual que establecen los arts. 1255, 1258 y 1091 del Código Civil.

El negocio por el que se establece el referido derecho preferencial, puede ser de cualquier tipo de los de encuadre legal y tanto "inter vivos" como "mortis causa".

El referido derecho de adquisición voluntaria preferencial ha sido reconocido por esta Sala en SS. 13-12-1958 (RJ 1958\4047) y 30-4-1964 (RJ 1964\2167) y la más reciente de 25-4-1992 (RJ 1992\3413), sentándose la doctrina de que los derechos derivados no están condicionados para las precisas figuras propiamente retractuales, sino por las condiciones particulares de cada pacto concreto, pues tal singular derecho, que no es de readquisición, no es del todo desconocido en la legislación positiva, dado el

contenido de la disposición transitoria segunda de la Ley de Propiedad Horizontal de 21-7-1960 (RCL 1960\1042 y NDL 24990). Resulta de esta manera que a los convenios de arrendamiento cabe agregarles otros pactos, bien de carácter complementario, subordinado o eventual, como declara la S. 24-10-1963 (RJ 1963\4196), que no desvirtúan la relación prevalente arrendaticia, manteniéndose incólumes sus prestaciones recíprocas y con la posibilidad, como acontece en el caso de autos, en el que se presenta con autonomía contractual específica, al derivar de la propiedad respecto a los ocupantes del inmueble como arrendatarios y subarrendatarios del mismo.

La interpretación correcta de la controvertida Disposición Adicional exige lo sea en su totalidad, para procurar la aproximación más exacta a las voluntades de los otorgantes, en relación al material probatorio aportado al proceso. En este sentido aparece como perfectamente expresado que tanto las renunciaciones como los derechos preferenciales que conforman su contenido no son asistidos de una duración prorrogada ni menos indefinida y fuera de los estrictos términos temporales para los que se otorgó su vigencia. Estos no son otros que los de la duración del contrato de arrendamiento principal que fue pactado por cinco años, iniciándose el 7-6-1983 y, por tanto, concluyó el 7-6-1988, pues literalmente se hizo constar el respeto al contrato de subarriendo "durante el período de vigencia del arrendamiento antes indicado" (el plazo de 5 años a partir del 7-6-1983), lo que lógicamente abarca y se extiende al derecho preferencial de adquisición que se otorga y que se contempla como excepción para caso de venta del terreno y del camping, ya que no se expresó el tiempo de vigencia del mismo y que por lógica jurídica elemental no cabe admitir su mantenimiento más allá de la duración temporal de la locación por la que se otorgó.

### **2.2.2 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1993: Abono de pensión a cambio de cesión de facultades de administración y disfrute de bienes comunes:**

Los motivos han de ser desestimados porque la Sala de Apelación no ha incurrido en la infracción que se denuncia. En efecto, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia dice que se pactó un "contrato autónomo innominado y atípico en el que, por una parte, se establece la obligación del hoy demandado de satisfacer determinada pensión a la actora y, de otra, la cesión por parte de ésta a aquél de la facultad de administración de los inmuebles referidos en la escritura pública y adjudicados pro indiviso a ambos en ella y la inherente de hacer suyos los frutos y rentas de tales propiedades en tanto subsista la obligación de pago de la pensión". De esta naturaleza deduce: "La lógica consecuencia de lo que se acaba de exponer no puede ser otra que al cesar la indivisión y la administración de los bienes, cesa la obligación de pago de la pensión que como contraprestación se había establecido". Con ello no se introduce un supuesto de extinción de la pensión no previsto en el contrato (aparte de la muerte de su perceptora se señaló como tal que contrajese nuevo matrimonio). Tal supuesto no sería la voluntad unilateral del deudor de la pensión, pues aunque la Audiencia ha partido de sus declaraciones anteriores admitiendo la división de las copropiedades y la renuncia a la administración por el señor M. G., **en realidad no hace otra cosa que recoger las consecuencias necesarias de la falta de causa jurídica de la obligación de pago de la pensión sobrevenida por esos acaecimientos.**

### **2.2.3 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1993: validez de la renuncia de derechos no contraria al orden público:**

En efecto, como aparece probado a través de los supuestos fácticos acreditados en el Fundamento anterior, no ha habido vicios que hayan podido mediatizar la emisión del consentimiento de la sociedad recurrente en el documento dando por **finiquitadas** las consecuencias aseguraticias existentes entre ella y el Consorcio demandado-recurrido, como así lo pone de relieve el juzgador de apelación cuando dice en el Primer Fundamento de su sentencia: "a) que el acto que con la interpretación de la demanda se trata de desconocer ha sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada, pues el único argumento en contra esgrimido por la accionante, el de que, caso de no firmar el documento, no habría cobrado la cantidad total de setecientos noventa y siete millones cuatrocientas noventa y nueve mil quinientas seis pesetas (797.499.506 ptas.) hasta tanto se resolvieran los recursos interpuestos, con el consiguiente quebranto económico agravado por la acusada necesidad de tesorería, amén de injustificado viene en cierta medida contradicho por el hecho indiscutido de la percepción a cuenta de trescientos millones de pesetas (300.000.000 de ptas.), el mes de diciembre del año anterior (f. 18). b) Que se da un evidente nexo causal entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su conducta posterior, que le es incompatible".

../...Resulta pues incongruente, quiéralo o no la Entidad recurrente, mantener después de haber dado por concluido el problema de las indemnizaciones hacer uso a los indicados medios impugnativos, dado que ante la clara y patente manifestación de voluntad de estimar agotado el **iter** asegurativo contenido en el tantas veces citado documento, acudir al sistema de recursos expresados, implica un evidente ir contra los propios actos ya que tal conducta, documentalmente plasmada, tiene carácter trascendental por cuanto causa estado ya que es obvio que no se ha infringido por inaplicación el art. 1255 CC, como se pretende en la motivación, sino que, por el contrario, lo que ha hecho el juzgador de apelación es aplicarlo en su normal dimensión, la que se desprende en este caso de la clara expresión de voluntad de la sociedad impugnante; tampoco se ha infringido el art. 4.1 CC, cuya denunciada no aplicación en este caso resulta difícil rebatir dada la confusa base que el motivo ofrece a tales efectos, así como las dificultades que presenta la aplicación analógica de las disposiciones que en relación con ello se citan y no son de tener en cuenta, dado el supuesto fáctico-jurídico de que ha de partirse, la tantas veces indicada declaración de voluntad en favor de la definitiva liquidación de la cuestión entre la hoy recurrente y en su momento actora y el en principio demandado y hoy recurrido Consorcio de Compensación de Seguros.

### **2.2.4 Sentencia de 27 de enero de 1998: los efectos interpartes se producen aún antes de la aprobación judicial legalmente prevista:**

Más del examen de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida se desprende que la cuestión jurídica que se plantea y resuelve por la Sala de instancia no es la referente a la validez de unas capitulaciones matrimoniales que hubieran establecido el régimen de separación de bienes, por medio de documento privado, constante matri-

monio, sino el de la eficacia jurídica de un convenio regulador de la separación de los cónyuges, formalizado por documento privado en el que se pacta, entre otros extremos el régimen económico de separación de bienes, antecedente a la posterior tramitación de la separación judicial. Esto es, se plantea, supuesto el mencionado pacto, si la adquisición del bien, ocurrida durante el período de separación de hecho, después de la suscripción del expresado documento privado y antes de iniciarse el proceso de separación matrimonial, determina, sin más, el carácter ganancial del bien o permite considerarlo como privativo del cónyuge que lo adquirió. **Esta Sala ha sostenido** (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 junio 1988 [RJ 1988\5113]), **con doctrina reiterada que confirmamos, que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges** (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 junio 1986 [RJ 1986\3549]). **Rota, pues, la convivencia conyugal, con el consentimiento de la mujer, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos** (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 noviembre 1987 [RJ 1987\8689]).

.../... Mas, concretamente, y con referencia exacta al convenio regulador no presentado ni aprobado judicialmente en el proceso de separación conyugal, la Sentencia de esta Sala de 22 abril 1997 (RJ 1997\3251), establece que "no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico". En suma **salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos del principio de autonomía de la voluntad. Tampoco pueden confundirse en relación con la separación de hecho, lo que es la disolución formal de la sociedad de gananciales, acordada judicialmente la consiguiente apertura de su liquidación, con la desaparición de la causa generadora de la sociedad, fundada en la convivencia matrimonial que impide en las condiciones ya indicadas el acrecentamiento de los bienes gananciales, a costa del trabajo exclusivo de uno de los cónyuges separados.**

## **2.2.5 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1997: Eficacia del principio de libertad de pactos entre acreedor y deudor en convenios judiciales:**

Aunque es cierto que, en el expediente de suspensión de pagos de "Manufacturas Salcedo, SA", se celebró Junta de Acreedores en 25 de septiembre de 1990, y se aceptó el convenio, donde, en la cláusula cuarta, se expresaba la cancelación e ineffectividad de todos los procedimientos judiciales de cualquier índole o clase contra la compañía recurrente y literalmente se decía que "quedaban liberados los avales, fianzamientos y garantías prestadas por terceras personas respecto de la entidad suspensa", el cual, al no

ser impugnado, provocó el Auto de aprobación de fecha 11 octubre 1990, como también lo es que **el acuerdo del suspenso con los acreedores se configura como institución integrada por factores contractuales (de interés privado) y procesales (de interés público)**, por lo que los primeros están sujetos a las normas del Código Civil reguladoras de los contratos, su contenido se rige por el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el citado artículo 1255, y ello permite a los acreedores y al suspenso pactar las cláusulas que tengan por conveniente para terminar la suspensión de pagos, con las limitaciones impuestas en el mencionado precepto, sin embargo **el convenio de que se trata, pese a estar dotado de aprobación judicial, excede, en el punto de la liberación de los afianzamientos, de las atribuciones de la mayoría para establecer algo contra otros acreedores que no se encuentran en situación de igualdad, sino que tienen una ventaja singular, cual es el aval a su favor, y, además, se oponen a la privación de ésta, sin que, por demás, pudieran impugnarlo**, pues la denuncia de los vicios y defectos que invaliden y hagan nulo lo decidido solo cabe hacerlo por alguna de las siete causas taxativas señaladas en el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley de Suspensión de Pagos, y entre las mismas no se encuentra la circunstancia de que se trata.

**2.2.6 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996: Incumplimiento de promesa de matrimonio que no conlleva indemnización por daños morales, pero que comporta indemnización por los daños materiales derivados de la ruptura de la convivencia "more uxorio":**

Sin embargo, no puede desconocerse pese al incorrecto planteamiento de los motivos (porque no respetan los hechos probados devenidos firmes) que, precisamente, con apoyo en estos hechos resulta desmesurada la interpretación del artículo 43 del Código Civil, ya que estima "gastos hechos" y "obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido", conceptos o partidas que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquéllos y éstos con la promesa de matrimonio, conceptos que, además, no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento.

**CUARTO.**-En definitiva nos hallamos en presencia de una convivencia al modo matrimonial de una pareja heterosexual matizada por la promesa de matrimonio que, aunque fuera motivo determinante de la convivencia, refleja un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar las consecuencias jurídicas del hecho de la convivencia. En efecto, la realidad social de nuestro tiempo, ofrece ejemplos abundantes de la generalización en la práctica de este tipo de convivencias, carentes todavía de tratamiento jurídico unitario, aunque no faltan referencias legales, y más jurisprudenciales, que se ocupan de las cuestiones jurídicas suscitadas por las mismas. No constituyen matrimonios informales consolidados por el Derecho, como fue el matrimonio por uso del Derecho romano que terminó imponiéndose a las formas solemnes o como el matrimonio "a yuras" del Derecho castellano, que fue aceptado por la Iglesia, hasta la

disciplina derivada del Concilio de Trento que instituyó la forma como requisito necesario para la existencia del matrimonio. Ni tampoco deben confundirse con matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo. **En realidad suponen en unos casos alternativa al matrimonio, y en otros, una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia. Nota común, que resulta de la propia noción es la exclusión por regla general, de las normas legales del matrimonio para disciplinar estas situaciones ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras.** No obstante, esta exclusión no significa como ocurre con todo fenómeno social que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja.

**QUINTO.**-En el caso concreto, **los daños y perjuicios que se reclaman en ejercicio de una acción de resarcimiento por convivencia al modo uxorio en la que intervino promesa de matrimonio, tienen su origen en la imprevisión de ambos convivientes que debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos, aun en caso de ruptura de la convivencia** aunque nunca para el supuesto de la no celebración del matrimonio que constituye según el Derecho cláusula nula (artículo 42 del Código Civil). Especialmente negligente se muestra, en este caso, la conducta del hombre que indujo con su promesa a establecer la convivencia, sin reparar en las consecuencias que podía acarrearle a la mujer el abandono de su hogar y de sus medios de vida con el consiguiente empobrecimiento que dada su situación se produciría, si como ocurrió, aquella convivencia tuviese fin, aunque tampoco esté exento de culpa la actora que debió ponderar los efectos de sus actos si la promesa no se cumplía.

## **2.2.7 Contrato atípico de colaboración, validez y diferencias con el contrato de sociedad y el contrato de arrendamiento de servicios:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999: colaboración entre despacho de asesor contable y asesor fiscal que se remiten clientes con derecho a percibir una comisión o porcentaje de colaboración.

Y esto es precisamente lo que ocurre en el presente caso pues no resulta explicable la calificación del vínculo jurídico litigioso como contrato de sociedad –concretamente, relación societaria de carácter particular e irregular– que se hace en la sentencia recurrida, ya que no tiene tal carácter el contrato que se describe en el fundamento segundo de la misma, y con arreglo al cual "con mutuo carácter lucrativo, cada una de las partes ponía a disposición de la contraria los clientes que atendía en su cometido profesional que no era sino por parte del actor el asesoramiento fiscal y por parte de la demandada asesoramiento contable, pactándose que por dicha aportación de clientela cada parte tendría derecho a un 20% de los beneficios que le reportase a la contraria".

El artículo 1.665 del Código Civil dice que la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre si las ganancias. Para que exista una sociedad se exige la concurrencia de unos

elementos objetivos y subjetivos, a saber: aportaciones de actividades o bienes, que pasan a formar un patrimonio común (patrimonio separado, que no necesariamente ha de generar autonomía patrimonial entendida como personalidad jurídica propia), un fin común, y una "affectio societatis" o "animus contrahendi societatis". A estos requisitos se refiere una profusa doctrina jurisprudencial, y en tal sentido cabe mencionar las Sentencias de 8 marzo y 9 octubre 1.995 y 29 septiembre y 28 noviembre 1.997, en relación con las aportaciones; las de 21 febrero 1.987, 6 octubre 1.990, 24 julio y 21 octubre 1.993, 14 octubre 1.997 y 5 febrero y 14 abril 1.998 en lo que respecta a la creación de un patrimonio o fondo en común, como consecuencia de la puesta en común de bienes y actividades; y las de 20 marzo y 19 noviembre 1.984; 30 abril 1.986; 21 febrero, 22 mayo y 2 junio 1.987; 23 mayo 1.989; 19 marzo 1.990; 24 julio 1.993; 8 marzo 1.995; y 27 enero, 14 octubre y 28 noviembre 1.997, en cuanto a la "affectio societatis". Este requisito subjetivo -intención de constituir la sociedad-, de esencial concurrencia y que se puede revelar por los elementos objetivos, supone un "plus" añadido al simple consentimiento contractual (SS. 30 abril 1.986 y 21 febrero 1.987), y consiste en la voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial (S. 8 marzo 1.995), o voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos (S. 23 mayo 1.989).

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, resulta con meridiana claridad la ausencia de los elementos examinados. En la relación jurídica pactada por "F., S.L." y D. Jesús no hay ninguna aportación a un común, no se constituye ningún patrimonio comunitario, por lo que no hay participaciones sociales, y, por consiguiente, tampoco partícipes sociales; falta la unidad de actuación -negocio u objetivo común-; y por supuesto no concurre el ánimo de un lucro común, ni la "affectio societatis". Las propias partes rehuyeron, tanto en el contrato, como en el proceso, la calificación societaria, y aunque la parte recurrida, en el escrito de impugnación del recurso de casación, defiende la decisión de la Sentencia de la Audiencia, basta con ver la explicación que da en la respuesta al motivo tercero para comprobar la falta absoluta de consistencia de la solución societaria. Considera dicha parte como patrimonio común el "flujo de clientes"; dice: "en cuanto al patrimonio común, precisamente consiste en los clientes que cada una de las partes remite al otro. Es decir que un cliente del asesor fiscal o del contable, pasa a ser, gracias a la actividad de una de las partes cliente del otro. Esta clientela que las partes se remiten la una a la otra es el patrimonio común de la sociedad. Los litigantes no tienen derecho a percibir el importe del 20 por ciento de la facturación de todo el trabajo del otro. Cada uno tiene derecho al 20 por ciento de la facturación sobre los clientes que cada uno remite al otro. Y este flujo de cliente constituye el patrimonio común" (sic).

El rechazo de la configuración jurídica adoptada por la Sentencia de la Audiencia implica que desaparezcan también todas las consecuencias jurídicas que dicha solución suponía en orden a la aplicación de los preceptos del contrato de sociedad relativos a la extinción o resolución del mismo.

Tampoco cabe admitir la calificación jurídica contractual efectuada por el Juzgado de Primera Instancia, en cuya Sentencia se entiende que el contrato que liga a las partes es un arrendamiento de servicios, y con base en ello lo declara extinguido por

desistimiento unilateral de la parte demandante. Ciertamente existe normalmente arrendamiento de servicios entre cada una de las partes ("F., S.L." y D. Jesús) y los particulares (clientes propios, o enviados por el otro) a quienes prestan el asesoramiento tributario, o contable. Pero no es ese el contrato que liga a las mismas entre sí, porque los mencionados, aquí litigantes, no están obligados a prestarse, ni se han prestado, ninguna clase de servicio. En realidad solo se obligaron a remitir a sus respectivos clientes a la otra parte cuando eran precisos los respectivos servicios, y asimismo se obligaron a satisfacerse el veinte por ciento de lo cobrado por honorarios de cada uno de los clientes recibidos. No están incluidos en la obligación todas las personas a las que se prestan servicios profesionales ni tampoco existe obligación de remitir al otro asesoramiento a todos los clientes propios, sino solo a los que necesitan el asesoramiento respectivo. La naturaleza de los correspondientes derechos y obligaciones hace pensar en una especie de intercambio recíproco de clientes (necesitados de distintos asesoramientos) a cambio de comisiones individualizadas por cliente, lo que se cobija jurídicamente y formaliza documentalmente por las partes bajo la fórmula de un contrato que denominan de "colaboración de servicios". El contrato de colaboración es una figura contractual atípica, consensual, bilateral y onerosa, diferente del arrendamiento de servicios, con una gran variedad de posibilidades en el tráfico jurídico, lo que determina además que su función económico-social (causa de la obligación, o causa en sentido objetivo) se halle especialmente relacionada con la finalidad comúnmente perseguida en cada caso (causa subjetiva, o del contrato). A contratos de colaboración se refieren algunas Sentencias del Tribunal Supremo (30 septiembre 1.976, 21 octubre 1.977, 30 noviembre 1.979, 31 diciembre 1.997 y 1 junio 1.999), y, dado el carácter atípico, su régimen jurídico se sujeta en primer lugar, a salvo las normas imperativas, a las estipulaciones de los interesados (art. 1.255 C.c.), con especial atención al fin o resultado perseguido, y en lo no expresado por la voluntad contractual, y a falta de previsión de una figura típica similar (claro es, en relación con el concreto problema litigioso), se han de tener en cuenta las disposiciones generales de los contratos y de las obligaciones.

### **2.2.8 Pensión anual hasta la edad de jubilación a cambio de venta de acciones y dimisión del cargo de Consejero Delegado:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1989, que declara la validez del pacto, incluso en caso de competencia del dimitido contra la sociedad por falta de pacto de no concurrencia:

En síntesis, la recurrente intenta calificar el convenio en cuestión de donación remuneratoria para llegar así a la conclusión de que el Consejo de administración carecía de facultades para obligar a la sociedad. Pero de lo actuado y de las propias manifestaciones de ambas partes, se evidencia que tal convenio tiene su origen más inmediato en la decisión adoptada por D. Francisco de vender sus acciones en 60.000.000 pts. a una sociedad competidora ("K."). "En vista de que D. Francisco insistía en la venta –dice la demandada en su contestación, folio 117–, se llegó a un acuerdo de compra de sus acciones entre él y sus familiares socios de la entidad".

Es claro que en evitación de los graves perjuicios que la proyectada venta de acciones a una sociedad competitiva produciría a "Talleres S., S.A.", se llegó a un acuerdo que racionalmente cabe calificarle de transaccional (ya que la transacción puede afectar a una relación jurídica no litigiosa, pero susceptible de serlo, así SS 9 marzo 1948 y 19 diciembre 1960) que culmina en la aceptación por ambas partes de las condiciones consignadas en el documento obrante al folio 172 que, pese a haber sido negada su autenticidad, la realidad de los hechos corroboran lo contrario, puesto que desde mayo 1981 hasta mayo 1983, es decir, durante 2 años consecutivos, "Talleres S., S.A." cumplió puntual y escrupulosamente todos los pactos convenidos en dicho documento, y entre ellos, el referente a "una asignación anual de 2.100.000 pts..." sin condicionamiento alguno en orden a las actividades que D. Francisco pudiera llevar a cabo en el futuro.

No se trataba, pues, de una pensión graciosa, ni propiamente de una donación remuneratoria (ánimo de liberalidad), sino de una transacción que evitara esos graves perjuicios que la venta de un importante paquete de acciones a una entidad competidora acarrearía a "Talleres S., S.A." cuyo Consejo de administración estaba facultado para celebrarlo, según se desprende del contexto de la escritura de modificación de estatutos, por lo que ha de rechazarse la pretendida nulidad del convenio, 2 años después de ser el mismo conocido y cumplido por la sociedad y por "los familiares socios de la entidad", quienes, en cualquier caso, habían ratificado el convenio transaccional al adquirir las acciones y aprobar la dimisión de D. Francisco del cargo de consejero-delegado, sin que dentro de los plazos que la ley determina ninguno de ellos intentara el ejercicio de la acción de responsabilidad frente al Consejo de administración por haber actuado éste "por malicia, abusó de facultades o negligencia grave" (art. 79 LSA).

TERCERO.—Por las razones expuestas en el anterior fundamento se impone el decaimiento de los motivos segundo y cuarto, articulados ambos en la misma vía del ordinal 5. En el segundo, haciendo supuesto de la cuestión la parte recurrente insiste en afirmar que al tratarse de una donación remuneratoria el Consejo de administración carecía de facultad para otorgarla, argumento que, como ya se ha dicho, carece de base por lo que no es necesario insistir sobre el tema pero sí puntualizar que los arts. 11.3.h) y 76 LSA, en cuya supuesta infracción se fundamenta el motivo segundo, no guardan relación con la cuestión debatida en éste, resultando por ello su cita improcedente. En el cuarto motivo se denuncia infracción del art. 1124 CC; literalmente se argumenta que "hay aquí un claro incumplimiento de la conducta que D. Francisco se había comprometido a seguir con ocasión del otorgamiento de la pensión a su favor por la entidad "Talleres S., S.A.".

Cuando esta entidad se niega a seguir pagando la pensión a su competidor adopta una decisión plenamente legítima, tanto por responder a la "exceptio con adimpleti contractus" como por suponer el ejercicio del derecho a la resolución del contrato ante el incumplimiento del otro contratante". Parece notoria la contradicción en que incide el recurrente al mantener en ese motivo la existencia de un contrato y propugnar, al propio tiempo (motivo segundo), la invalidez del mismo por falta de consentimiento. Es-tando acreditado que D. Francisco cumplió las obligaciones que al mismo incumbían -

renuncia al cargo de consejero-delegado y venta de sus acciones- no puede hablarse de incumplimiento contractual por parte del mismo. Quien en tal incumplimiento incurre es "Talleres S., S.A." al suspender el pago de la pensión por el hecho de que el repetido señor se dedique a una actividad lícita, pese a ser competitiva con la que desenvuelve tal sociedad y sin que se haya acreditado debidamente la prohibición de concurrencia o condición que la parte recurrente alega.

### 3. LÍMITES A LA LIBERTAD DE PACTOS. EJEMPLOS

#### 3.1 *Derecho societario:*

##### 3.1.1 **Protección minorías:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1995: nulidad de cláusula penal de anulación de acciones, por no prever su forma de enajenación:

**El artículo 1091 del Código Civil establece el principio básico que reglamenta y enseña toda la contratación: el "pacta sunt servanda", que ha de contemplarse siempre dentro de los límites de la autonomía de la voluntad que marcan los artículos 1255 y 1258, admitiendo que los contratos se perfeccionan y son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez (artículo 1278); y ciertamente pueden contener cláusulas penales, que han de ser igualmente respetadas, sin que pueda decretarse su nulidad si no existen dudas sobre ellas o las existentes pueden solventarse por las normas de interpretación de los contratos que preceden al artículo 1289 del Texto Sustantivo;** lo que no se entiende, quizás por la cita globalizada de los preceptos, es el sentido en que se consideran infringidos por la sentencia recurrida, que admite la validez del contrato societario y la de la cláusula penal, si quiera, ante lo incompleto de la misma y teniendo en cuenta los derechos inherentes a toda acción, que no se pueden contradecir los principios configuradores de las Sociedades Anónimas, que las normas sancionadoras o limitativas de derechos han de interpretarse restrictivamente, que no está prevista la forma o manera de enajenar las acciones de los socios incompatibles, y que las acciones no pueden quedar anuladas sin otras consecuencia, llega a la conclusión de que es nulo el artículo 12 de los Estatutos, que podría ser modificado por los mecanismos societarios, pero nunca con carácter retroactivo

**3.1.2 La legitimación para el ejercicio de los derechos sociales dimana del contenido de los libros registro de socios o acciones. La corrección de sus asientos exige el ejercicio de acción judicial específica a tal fin:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2000:

**Dadas las posibilidades que a la acción nominativa señala el art. 52 de la ley parece necesario el control que sobre su transmisión debe llevar la sociedad en que se in-**

**tegran y ese control ha de hacerse mediante su registraci3n como dispone el art. 55 previa comprobaci3n que de la normalidad de la transmisi3n se haga**, cual cuida establecer el art. 56 aun cuando la inscripci3n no sea constitutiva, como garantía de esto mismo que ya establecía el art. 282 el C3digo de Comercio de 1829.

El cuidado en el ejercicio de estas facultades que competen a los administradores ha de ser máximo –puede lograr respaldo o puede arrastrar, con la revocaci3n de la decisi3n tomada, la anulaci3n de los actos viciados por ella– pues aun cuando no gozan de facultades de calificaci3n, su decisi3n sobre la regularidad o no de las transmisiones casi llega a alcanzar aquella categoría y producirá efectos en tanto no se impugne con éxito ante Tribunal que, apreciando su desvío, ordene la registraci3n con todas las consecuencias legales que de ella se derivan.

El único motivo de recurso que ahora sostiene, el tercero de los inicialmente formulados, sigue el cauce del art. 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia la infracci3n de los arts. 15, 55 y 56 de la Ley de Sociedades An3nimas.

Como ha quedado establecido anteriormente, el debate aquí ha de quedar reducido a la estricta pretensi3n de obtener la nulidad de la Junta de Accionistas de Termas Pallarés, SA celebrada el 29 de junio de 1991, y la de los acuerdos tomados en dicha Junta, por cuanto no se convoc3 a ella a Almantres, SL, ni se le permiti3 su asistencia, al no tenerle aquella otra por accionista.

Lo dispuesto en el art. 55 de la Ley de Sociedades An3nimas viene a constituir el núcleo del planteamiento que se hace porque, **impuesta en el precepto la llevanza del libro registro de acciones nominativas en cuyos asientos ha de hacerse constar el historial de las mismas, el cumplimiento de esa exigencia registral es el que hace, en el orden subjetivo o de titularidades, que el último adquirente de acciones de esa clase** –sin entrar aquí a dilucidar el valor y alcance del acto y contrato transmisivo– **haya de ser tenido como accionista por la sociedad** como refiere el núm. 2 de dicho art. 55 y ha señalado esta Sala en la reseñada sentencia de 2 de diciembre de 1999.

**Establecido que son nominativas las acciones que la demandante invoc3 en favor de su alegado derecho** a asistir a aquella Junta de accionistas **y reconocido que dicha entidad no ha logrado la registraci3n de dichas acciones por negársela la demandada ahora recurrente y no haber promovido remedio a esto, hace permanecer el desconocimiento en que, por disposici3n de la Ley en atenci3n al hecho vigente, se le tiene y esto lleva a desestimar su demanda** previo acogimiento del recurso que contra la sentencia de apelaci3n se interpone y casándola y anulándola y con revocaci3n de la de primera instancia, en cuanto también estima la demanda rectora, ha de desestimarse dicha demanda.

**3.1.3 Relevancia del derecho de adquisici3n preferente, como derecho de tanteo o praemio, pero no como derecho de retracto:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1998 que anula un contrato de compraventa comunicado a los socios después de realizado, pero no reconoce el derecho de los socios a subrogarse en el lugar de los compradores:

PRIMERO.—Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid de 27 de julio de 1992, se estima íntegramente la demanda interpuesta por la actora frente a los codemandados, y se recoge en su parte dispositiva las pretensiones postuladas en la acción, en base al contrato privado de 10 de abril de 1991, pues, por parte de los accionistas que constan, se vulneró lo dispuesto en el art. 8 de los Estatutos Sociales de la Sociedad codemandada, en cuyo apartado A, claramente se expresa, "que el socio que se proponga transmitir todas o partes de sus acciones a personas extrañas, lo comunicará...", decisión que fue objeto de recurso de Apelación por los codemandados, estimado en parte, por la Sentencia recurrida dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid en 27 de enero de 1994, en donde se hace constar en su F.J. 1º, que habida cuenta lo dispuesto en el Art. 63 de la L.S.A., es posible imponer expresamente limitaciones en los Estatutos a la libre transmisibilidad de las acciones, lo que ocurre, en razón a lo dispuesto en el art. 8 de los Estatutos de la Sociedad "Almacenes C., S.A." y que esa limitación, determina que el derecho que a los accionistas se reconoce, —en ese artículo— es "un derecho de adquisición preferente o preferente o "praemptio" y no un derecho de retracto"; que fijada la anterior cuestión, es preciso tener en cuenta que, el documento de 10 de abril de 1991, encierra dos negocios jurídicos, uno, una compraventa de 70 acciones (a favor del D. Agustín y otro), una opción de compra sobre el resto de las acciones de que eran titulares D. José y D. Félix y sus esposas; que partiendo de ello, cuando los demandados dirigen la carta a la actora en 18 de abril de 1991, y que es recibida el día 24 de abril de 1991, "no le están anunciando su propósito de transmitir porque ya han transmitido al ser perfecto y conforme a los requisitos legales el contrato de 10 de abril de 1991, de tal modo, que los demandados citados al efectuar la transmisión contenida en el contrato de 10 de abril de 1991, lo hicieron transgrediendo lo dispuesto en el art. 8 de los estatutos según el cual, debieron antes de vender cumplir todos los trámites recogidos en ese precepto estatutario", por lo cual, la consecuencia de tal incumplimiento, es la nulidad frente a la sociedad del acto dispositivo realizado infringiendo la cláusula de adquisición preferente, y todo ello, está recogido en el apartado C, del suplico de su demanda y que el juzgador así aprecia; los otros dos pronunciamientos A y B contenidos en el Fallo, —F.J. 2º— no pueden acogerse, por cuanto están concediendo a favor de la actora un derecho de retracto que no está contemplado en el art. 8 de los Estatutos Sociales "pues no olvidemos que el derecho de retracto es aquél, por el que se autoriza a una persona a subrogarse en lugar del comprador. Ya hemos dicho que la comunicación obrante al folio 41 no era de anuncio de un propósito de transmitir, sino la notificación de una transmisión ya hecha, por estar adornado el contrato que la contenía de todos los requisitos legales, constituyendo en principio una enajenación válida, que luego ha devenido nula por efectuarse en trasgresión de las normas estatutarias. Si se pretendía y se ha obtenido en definitiva la declaración de nulidad del acto dispositivo realizado en el contrato de 10 de abril de 1991, al prohibir a la sociedad que reconozca el adquirente su cualidad de socio, denegándole además otra serie de derechos, no se pudo pretender al mismo tiempo el mantenimiento del acto dispositivo citado para subrogarse la actora en aquellos aspectos del mismo que sólo la podrían favorecer.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994: que define la prevalencia del contenido estatutario del derecho de adquisición preferente frente al convenio privado firmado entre los mismos socios de la entidad (Corredores de Comercio):

Ha de advertirse, en primer lugar, como la sentencia impugnada establece que la viabilidad de las pretensiones ejercitadas por los actores requiere "contemplar fundamentalmente dos aspectos: de un lado la vigencia temporal de la acción ejercitada, y de otro, la vinculatoriedad del mencionado pacto", que es el concertado en 7 agosto 1986 por quienes son parte en este proceso –excepto D. Antonio y D. Francisco–, como corredores colegiados de comercio con ejercicio en la plaza mercantil de C. e integrantes del convenio profesional vigente en dicha plaza.

De las dos cuestiones enunciadas, la Sala de instancia considera "tema central del litigio" el segundo, ya que con referencia al pacto de 1986 se "pretende obligar a los demandados a vender sus acciones" y "constata una sensible diferencia entre lo dispuesto en el art. 6 de los estatutos y el pacto invocado por los actores", concluyendo que "es preciso insistir en el divorcio entre la tan repetida cláusula y los estatutos, lo que determina que sean éstos los que deben prevalecer en cuanto que constituyen la norma programática de la entidad, sin que pueda ser derogada por convenios particulares ya que de ser así quedaría sin sentido toda la normativa reguladora de la modificación estatutaria... pensada precisamente para garantía de los accionistas y de terceros, y aparte de ello el pacto en cuestión va en contra del carácter esencialmente capitalista de la sociedad anónima, ya que una cosa es que se restrinja la libre transmisibilidad de las acciones nominativas y otra muy distinta es que por pacto privado se determine quién tiene que ser necesariamente accionista e incluso que se condicione el precio de la venta de acciones que, como es obvio, tiene su propio mecanismo de formación", así como que "esta tesis de la prevalencia estatutaria viene siendo recogida por la doctrina del Tribunal Supremo..., puesto que si los estatutos no satisfacen las necesidades de la sociedad anónima lo único que cabe es modificarlos en la forma señalada por la ley..., y en el caso de autos... si no se ha intentado tal modificación estatutaria, es precisamente porque se era consciente de la ilegitimidad de tal cláusula y de la imposibilidad de su acceso al Registro Mercantil".

- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993: que anula un acuerdo social de aumento de capital que modifica la proporcionalidad en el derecho de suscripción preferente (dos por una en lugar de cinco por una):

El Tribunal de apelación afrontó la cuestión, declarando que si bien se había acordado que el aumento de las nuevas acciones se realizaría en proporción a las que ya tuvieran los socios y si en la carta del 17 mayo 1989 se establecía una proporcionalidad completamente distinta, ello no implicaba la nulidad del acuerdo, "sino, en todo caso, un error de interpretación o aplicación de lo en él acordado, susceptible de arreglo en vía amistosa".

Esta conclusión no es de recibo, contradice la normativa y adolece de acentuado error, pues los términos del acta de 16 mayo 1989 son lo suficientemente claros y expre-

sivos. Además el arreglo que se oferta resulta dificultoso, toda vez que las nuevas acciones fueron suscritas íntegramente por los otros socios, los referidos cónyuges D. Miguel Ángel y D<sup>a</sup> María Lourdes, como reconocieron en prueba de confesión (posición 36).

El motivo procede (correspondiente al quinto), que denunció infracción del art. 92 LSA, pues si hubo acuerdo social en un principio válido de aumento de capital social, la ejecución del mismo, con daño y perjuicio de los socios interesados, invalida aquél, ya que el derecho que se les concedió a los recurrentes para ejercitar el legítimo que les correspondía de suscribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional al de las que poseían, no se les respetó, sin justificación alguna y en beneficio de suscripción acreditada a favor de los otros dos socios, que provocaron tal irregularidad y se aprovecharon de la misma, pues las cartas mencionadas obran como los únicos medios de conocimiento con que contaron D. Victoriano y D<sup>a</sup> María del Carmen, del acuerdo adoptado en la junta del que dimanaron.

Entre los derechos plenos individuales de los partícipes accionistas en las sociedades anónimas, se encuentra el de suscripción preferente de nuevas acciones, no observando en el caso de autos y en relación a lo acordado en el acta de 16 mayo 1989, ya que, conforme lo que se deja analizado, en su ejecución se faltó a la necesaria lealtad social, con infracción de los estatutos y beneficio de unos socios en perjuicio de otros, tratándose, en suma, de un acreditado abuso de facultades por los socios mayoritarios que contradicen el pacto social y la buena fe que obliga a todos los accionistas y con mayor razón a los que ostentan cargos directivos y cuentan con participación mayoritaria en el capital social, a observar y cumplir conductas que no supongan desviación del interés común de todos los socios.

El acuerdo controvertido que implica una modificación estatutaria (S 17 febrero 1992), procede ser anulado (art. 67 LSA) y así lo peticionaron los ahora recurrentes, lo que es acorde a la segunda directiva de la CEE, que tiene por objeto garantizar un nivel mínimo de protección a los accionistas (S 30 mayo 1991 del TJCE), ya que en todo caso no se cumplió ni observó, con lo que desnaturalizó su propia esencia societaria.

### **3.1.4 Prevalencia del Interés social (teoría contractualista), frente al criterio mayoritario:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991: que anula actos de vaciamiento del activo social impuestos por mayoría en beneficio de otra entidad competidora participada por los socios mayoritarios:

SEGUNDO.—Los dos primeros motivos del recurso se plantean a través del cauce procesal del núm. 5 art. 1692 LEC, denunciándose en ellos la infracción de los arts. 67 LSA, y 1253 CC. Resulta indispensable dejar sentadas de principio tres cuestiones: que al no combatirse el *factum* establecido en la sentencia recurrida, resultan casacionalmente inamovibles los hechos que allí se declaran probados, que al citarse la infracción del art. 1253 CC, sin referirse al art. 1249, sólo se ha de examinar el nexo o relación existente entre el hecho base, que hay que dar por probado, y el hecho consecuencia,

y que la íntima relación existente entre el contenido y desarrollo de los dos motivos enumerados hace aconsejable su estudio conjunto. El último inciso del pfo. 1º art. 67 LSA autoriza la impugnación de los acuerdos sociales... "que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad", estando acertada la Sala de apelación en admitir formalmente la impugnación por este específico cauce, abandonando la tesis del Juzgado, que usaba la vía de la falta de un "quórum" especial que no figuraba en los estatutos. La doctrina científica y jurisprudencial exige, para la viabilidad de esta impugnación, los siguientes requisitos:

1º Un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad.

2º Que la aprobación de dicho acuerdo beneficio a uno o varios socios. En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la sociedad anónima como una "institución-corporación", en la que el interés social que allí se persigue es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.) y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común el reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social. Ahora bien, este daño o lesión no es necesario que efectivamente se haya producido, para deducir la pretensión impugnatoria, la doctrina de esta Sala tiene declarado "que es suficiente para acudir al proceso especial impugnatorio que exista el peligro potencial de que dicho daño se produzca, sin tener el demandante que esperar a que la lesión ocurra, para poder ejercitar la acción" (SS 2 julio 1963, 11 mayo 1968 y 11 noviembre 1980). El requisito del beneficio de uno o varios socios no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político -social o profesional, exigiéndose que el beneficiado sea accionista, aunque la utilidad la reciba a través de una persona interpuesta, debiendo existir finalmente la relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio (SS 23 junio 1962, 22 noviembre 1970, 4 marzo 1967 y 11 mayo 1968).

TERCERO.-- La exposición doctrinal que precede puede perfectamente subsumirse en el caso que estudiamos, pues dada la naturaleza del acuerdo que se impugna, resulta congruente la deducción efectuada por la Sala de instancia, declarando la existencia de una decisión societaria que dio pie a una lesión para la mercantil "E., S.A.", al permitir dejarla huérfana de actividad comercial, en virtud de la cesión global que efectuó el Consejo de Administración de todos sus activos comerciales en favor de otra sociedad, perteneciente a la propiedad de dos accionistas que propiciaron toda la operación; proceso que quedó patente a virtud de los actos posteriores al acuerdo, y sin que quepa aducir que la cesión del activo fue temporal, y que existió una compensación económica, pues dada la actividad comercial competencial a que se dedican las sociedades implicadas, la cesión del uso de las marcas comerciales, y de los modelos industriales o de utilidad de una de ellas a la otra, puede perfectamente suponer la pérdida

del mercado y de la clientela, para la que permanece inactiva durante cuatro años, suponiendo un claro beneficio para la cesionaria oponente, que tiene en sus manos la posibilidad de deshacerse del competidor molesto, y este claro peligro potencial para la economía de "E., S.A.", sólo fue posible con la modificación estatutaria que se denuncia, resultando claramente beneficiados los socios propietarios de "P., S.A.", y a través de ella de la mayoría del capital de "E., S.A." logrando con esta operación que el lucro individual del accionista no se realice dentro de la sociedad anónima, y a través del interés o beneficio social, anteponiendo este lucro privado al interés común de todos los socios, de tal manera que, mediante el ejercicio del derecho de voto, se obtenga un acuerdo lesivo para el interés social y beneficioso para el interés particular, infringiendo en realidad la causa primaria del contrato societario y abusando del ejercicio del derecho de decisión; fines que el legislador intenta impedir concediendo el ejercicio de la acción impugnatoria que aquí se estudia. Lo expuesto conduce al decaimiento de los dos motivos conjuntamente estudiados.

### **3.1.5 Prohibición de voto plural en las Juntas, (diferencias con las limitaciones del derecho a voto o número máximo de votos a emitir por un socio):**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990: que anula el voto dirimente del Presidente ejercido con arreglo a la costumbre en una sociedad familiar:

El segundo y último motivo, también amparado en el núm. 5, acusa infracción, por interpretación errónea del art. 38.2, en relación con los arts. 51 y 58 LSA. Los recurrentes hacen supuesto de la cuestión al afirmar –contra lo estimado por la Sala de instancia– que aquí no se está en presencia de un caso de voto plural sino "ante el caso de haberse convenido, con base en la doctrina del acto propio, que en caso de empate del capital desembolsado se resuelva dicho empate con el voto dirimente del presidente". Pero frente a este intento, la sentencia recurrida precisa que la cuestión central del litigio no es otra que la de si es o no factible que en una sociedad anónima el empate en la votación sobre un acuerdo a tomar en Junta general sea dirimido con el voto de calidad del presidente. La respuesta afirmativa equivaldría a que el accionista que presida tiene derecho a un voto plural, lo que chocaría frontalmente con la rotunda prohibición que en este sentido hace el art. 38, a l condenar todo supuesto directo o indirecto de creación de acciones de voto plural. De la disp. trans. 7ª se deduce claramente que el art. 38 ha querido abarcar con la denominación de acciones de voto plural a todas aquellas que rompan el principio proporcional entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto, debiendo reputarse ilícitas, en consecuencia, todas las posibles combinaciones que rompiendo esa proporción establezcan, directa o indirectamente, un voto plural en favor de determinadas acciones. El voto dirimente implica necesariamente el voto plural, interdictado por el repetido art. 38 LSA al declarar expresamente que "en ningún caso será lícita la creación de acciones de voto plural". Por otra parte, tampoco cabe admitir el argumento referido a que por tratarse de una sociedad familiar, en caso de empate, la solución podría estar en que primara la mayoría de los socios y no de acciones, con apoyo en la Res. 17 julio 1956 de la Dirección de los registros, pues ésta, como advierte la sentencia impugnada, lo que viene a

declarar es que "el principio de proporcionalidad entre el capital y las acciones y el derecho de voto no es acogido en términos tan estrictos queden a las juntas un carácter puramente capitalista, y así la ley permite que en los Estatutos se señale el número máximo de votos que el mismo accionista pueda emitir (art. 38) y esta conducta ... abonaría, por ejemplo, la previsión estatutaria de una cláusula que apreciase para el caso de empate, con eficacia decisoria, la mayoría relativa de socios en los grupos iguales de votos en que se halla escindida la junta"; supuesto no aplicable al presente caso, en primer lugar, porque no existe tal previsión estatutaria y en segundo, porque una cosa es que una accionista tenga más votos que acciones (voto plural) y otra que posea más acciones que votos, al poderse fijar en los estatutos el número máximo de votos que un mismo accionista pueda emitir conforme al repetido art. 38. Por todo lo cual el motivo ha de ser igualmente rechazado.

### **3.1.6 Irrelevancia de pactos particulares contrarios a los estatutos:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994, ya citada, que anula el acuerdo de los Corredores de Comercio para vender sus acciones determinando la persona del comprador y el precio de la venta.

### **3.1.7 Carácter imperativo del derecho de información que exige solicitud de los socios, una vez cumplidas las formalidades de su advertencia:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993, que proclama el respeto a este derecho cuando cumplidas las formalidades de los anuncios los socios no ejercen en forma concreta su derecho a la información:

La conclusión anterior determina la improcedencia del motivo tercero, en el que se argumenta violación por inaplicación del art. 1253 CC, con residencia procesal en el núm. 5 art. 1692 y ello por la elemental razón de que la Sala de la instancia no aplicó la prueba de presunciones, ya que no se produjo vulneración del derecho de información que es consustancial a la condición de accionista y reviste carácter imperativo; manifestándose de dos maneras, una con anterioridad a la reunión de la junta y cuya solicitud se efectuará por escrito, y la otra, de modo verbal durante la reunión social, conforme establece el art. 65 en relación al 110 LSA, de 17 julio 1951.

Ni uno ni otro fueron utilizados por los recurrentes, pues no se acreditó, conforme a lo expuesto, hubiera mediado la información previa, que en todo caso estaba sujeta a su voluntad y conveniencia, ni tampoco su utilización en la junta, ya que no asistieron a la misma. Esta conducta no fue por tanto impuesta por carecer de información anterior, ya que no ejercitaron del derecho, sino que decidieron por su cuenta no acudir a la convocatoria, de la que tuvieron cabal conocimiento conforme resultó admitido al evacuar la prueba confesional.

SEGUNDO.— Lo argumentado ha de proyectarse sobre el motivo cuarto en el que se aduce infracción del art. 65 en relación al 48 LSA, la que no ha cometido la Sala de la instancia, toda vez que la junta fue debidamente convocada, con estricta observancia

de las formalidades establecidas para su publicidad, tanto estatutarias (cláusula 8ª), como las legales que exige el art. 53 LSA, es decir anuncio publicado en el "Boletín oficial" de fecha 22 abril 1989 y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia (periódico "Cinco D." de 27 abril 1989) con 15 días suficientes de antelación.

No concurrió impedimento alguno al derecho de información que asistía a los recurrentes, ni siquiera ocasión para ello, ya que no lo ejercitaron, concretamente con referencia a la junta controvertida del 16 mayo 1989, pues el artículo societario 65 es bien claro y explícito al establecer tal derecho, cuando utiliza la expresión "los accionistas podrán solicitar", con lo que si no se peticiona no se genera el derecho a obtener respuestas a información; en cambio si se ejerce recobra toda su eficacia imperativa, por ser complementario del voto y de carácter eminentemente sustancial. No cabe eludirlo y menos denegarlo a quien legítimamente le asiste el derecho de solicitarlo y, consecuentemente el de obtenerlo.

### **3.1.8 Inaplicación de las normas restrictivas sobre la transmisibilidad de participaciones o acciones en las disoluciones de la sociedad de gananciales, por inexistencia de transmisión:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1988:

La cláusula referida no puede estar en condiciones de impedir la atribución a la esposa de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del marido, porque éste no ostentaba respecto de las mismas otro carácter que el de Administrador de la sociedad legal de gananciales a que aquellas pertenecían y en cuyo patrimonio tenían ambos cónyuges una titularidad indiscriminada, lo que hace que, cuando se verifica la adjudicación separada como consecuencia de la liquidación de lo que era ganancial, no se enajena ni se vende nada a favor de la esposa, que tampoco lo adquiere como resultado del ejercicio de una acción judicial, que son los supuestos contemplados en los Estatutos, sino que recibe lo que era suyo y no sólo del marido como se pretende en el recurso, adquiriendo la titularidad individual y concreta sin previo acto dispositivo, sino meramente declarativo de dichas acciones en cuanto bienes muebles... de que no puede ser privada con abono de su importe, so pretexto de unas alegadas cualidades o condiciones personales, "intuitu personae", derivadas de la restricción pactada, que servirá, en su caso, para cerrar al exterior la sociedad de que se trata respecto de futuros adquirentes, pero que no es bastante para transformar la esencia de la acción a los efectos aquí contemplados..."

### **3.1.9 La separación entre titularidad de la acción y derecho a voto no se admite por pacto, sino en los casos previstos en la norma:**

- R.D.G.R.N. de 9 de diciembre de 1997: que niega validez al pacto de cesión del derecho de voto, sin transmitir la titularidad de la acción:

La cuestión a resolver en el presente recurso se centra en la admisibilidad de la cesión de los derechos políticos de determinadas acciones y, por tanto, del derecho de vo-

to a ellas correspondiente, cuyo cómputo ha sido determinante a la hora de adoptar los acuerdos sociales que se pretenden inscribir.

Ciertamente no existe en la normativa rectora de la sociedad anónima solución expresa, positiva o negativa, a la cuestión planteada; además, se contemplan supuestos específicos de usufructo o prenda de acciones en los que cabe la desmembración del derecho de voto y la titularidad de la acción (cfr. artículos 67, 72 y 73 de la Ley de Sociedades Anónimas) y se recoge el carácter abierto de los gravámenes que sobre ésta pueden constituirse (cfr. artículo 55.2 de la Ley de Sociedades Anónimas). Sin embargo, si se tiene en cuenta:

a) Que los preceptos que regulan los derechos de asistencia y voto a las Juntas generales tienen siempre al accionista como sujeto de referencia (cfr. artículos 93, 102, 103, 105 y 111 de la Ley de Sociedades Anónimas).

b) Los evidentes inconvenientes que para el normal funcionamiento de la sociedad y el desenvolvimiento de su objeto social se derivarían del desmembramiento de los derechos políticos de los accionistas en favor de personas distintas de los socios (interesados principales y permanentes en el éxito de la actividad social), quienes los ejercitarán en nombre e interés propio, siendo así que este interés vendrá determinado por objetivos –los que subyacen en el negocio de cesión– que no tienen porqué coincidir con los de la propia sociedad (es más, la coyunturalidad de aquéllos inherente a la esencial temporalidad del desmembramiento cuestionado permiten dudar fundadamente de la posibilidad de coincidencia).

c) Que en los casos legalmente previstos de disgregación de esos derechos y la calidad de socio, se requiere de forma categórica previsión estatutaria que así lo establezca; ha de concluirse en el no reconocimiento frente a la sociedad, de la cesión de los derechos políticos estipulada en el negocio cuestionado.

### **3.1.10 Abuso de derecho: Supuestos:**

*3.1.10.1 Ilegalidad de las normas reguladoras de la representación en Juntas cuando incurren en abuso de derecho, por ejemplo, si exigen la condición de socio en el representante, y el resto de los socios son incompatibles con el representado:*

- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1990 que anula la exigencia de representación por otro socio, en principio posible legalmente, por abuso de derecho constatado:

PRIMERO.– Al disponer el pfo. 1º del art. 16 L 17 julio 1953 sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, que "salvo disposición contraria de la escritura social, todo socio podrá hacerse representar en la Junta general por medio de otra persona", sin establecer posibilidad de condicionante alguna al respecto cuando esa facultad representativa se produzca, conduce a la estimación del primero de los motivos en que se apoya el re-

curso de casación de que se trata, y que los recurrentes fundamentan, al amparo del núm. 5 art. 1692 LEC, en infracción de dicho art. 16 Ley sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, en relación con el art. 3 ap. 1º CC y jurisprudencia dictada sobre este último precepto, porque si ciertamente tal precepto societario, contenido en la referida Ley especial faculta para prohibir en la escritura social ser el socio representado para asistir a las Juntas generales, lo es también que cuando esa prohibición no existe nada impide que los socios puedan ser representados por cualquier persona que designen al respecto, sin posibilidad de condicionante alguno, ni concretamente cual ha sucedido en el presente caso, con limitación a quien sea socio, pues lo contrario tanto significaría, de una parte, autorizar limitaciones que el legislador no ha establecido, y, por otra parte, debido a que el espíritu y finalidad de tal norma societaria, que según el ap. 1º del precitado art. 3 CC es la esencia vitalizadora de la interpretación de toda norma, impide que se pongan trabas a las facultades representativas que la ley autorice, y singularmente las referentes a la intervención en Juntas generales de sociedades de responsabilidad limitada, ya que de autorizarles podría llegar a impedir que un socio pudiese no poder ejercer el derecho de asistencia a la Junta convocada, de estar en discrepancia con los demás socios; y esa apreciación finalista lo revela con más precisión y claridad de Ley de sociedades anónimas citada en el pfo. 1º de su art. 60, cuando expresamente reconoce la facultad representativa, de no existir disposición estatutaria en contrario, por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista.

SEGUNDO.—Lo expuesto en el precedente fundamento de derecho conduce a la también acogida de los motivos segundo y tercero, formulados, respectivamente, al amparo de los núms. 4 y 5 LEC, en su base complementadora, por alegado error en la apreciación de la prueba, en cuanto se desconocen en la sentencia recurrida aspectos fácticos documentalmente acreditados conducentes a que la modificación del ap. 7º de los Estatutos sociales encaminada a que el representante designado por el socio para asistir a Juntas generales tuviera la cualidad de socio, con proyección a crear una situación de abuso o ejercicio antisocial del derecho, que la ley no ampara, según previene el ap. 2º art. 7 CC, puesto que la expresada limitación al carácter de socio, para representar en Junta general indudablemente revela en sociedad tan limitada de personas como la que es objeto de la actual controversia tiende a dificultar la intervención del socio poderdante, generando en consecuencia los requisitos de uso de un derecho objetivo y externamente legal, con daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, con antisocialidad de ese daño, manifestado en forma subjetiva y objetiva, que es lo que configura el abuso del derecho, como ponen de manifiesto, entre otras, las SS 28 diciembre 1967 y 5 junio 1972, generante de una institución que, según reconocen las SS 25 abril 1976, tiene su causa fundamentadora en la equidad para la salvaguardia de los intereses que todavía no alcanzan protección jurídica como derivada de un mandato legal destinado a los órganos jurisdiccionales, y que, cual indica la S 21 septiembre 1987, viene impuesto por la exigencia de una conducta ética en el ejercicio de los derechos.

### *3.1.10.2 Otros ejemplos de posible abuso de mayoría:*

- Aumento y reducción del capital social: Un acuerdo de aumento del capital social en el que se respete el derecho de suscripción preferente podría ser considerado abusivo cuando, no estando requerido o justificado por exigencias económicas empre-

sariales, tenga como consecuencia para los socios que no ejerzan su derecho, una reducción significativa de la posibilidad de ejercicio de los derechos de minoría cualificada. O cuando las nuevas acciones no sean emitidas por su valor real reduciéndose así la participación de los socios antiguos de forma sustancial.

En el mismo sentido puede ser integradora de abuso de derecho una reducción de capital a cero y simultáneo aumento cuando, de acuerdo con las circunstancias de cada caso pueda probarse la ausencia de interés social que justifique la medida.

- Fusiones : que aunque ventajosas globalmente para los intereses de la sociedad, hayan sido decididas y utilizadas por los intereses de la mayoría en orden a la satisfacción de un interés extrasocietario para situar la sociedad en dependencia de grupo y en daño apreciable de los intereses minoritarios capitidisminuidos.

- Disolución: si cabe apreciar su imposición por acuerdo mayoritario suficiente pero encaminada a la adjudicación de la empresa o parte sustancial de la misma al grupo mayoritario que puede continuar en la actividad en otra entidad u organización pero excluido ya el minoritario.

- Aplicación de resultados: caso de no reparto sistemático de dividendos de forma injustificada por una política abusiva de autofinanciación societaria. Aunque no exista un derecho del socio al dividendo sí tiene interés en la participación en las ganancias sociales. Indicios de un posible abuso pueden ser la concurrencia de una autofinanciación total, con remuneraciones de otro orden que benefician exclusivamente a los mayoritarios.

### **3.1.11 Integridad de la cuota de liquidación social. Reciprocidad de intereses:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1999 que impone la valoración real, frente al criterio de balance contable:

- los Estatutos sociales que rigen a la entidad Sociedad agraria de transformación –S.A.T.– "C.", que establece, para el supuesto de separación voluntaria de los socios, que la liquidación de la correspondiente participación "se realizará teniendo en cuenta la aportación desembolsada por el socio y el balance del ejercicio en que se produzca la baja".

...claro es que a tal fin ha de tenerse en consideración dicho balance en forma actualizada, o sea, regularizada en orden a valores reales, como pretenden los demandantes, ahora recurrentes, y no con referencia limitada a lo contabilizado con criterios de precios de adquisición, cual aduce la entidad demandada, ahora recurrida, pues que del módulo comparativo entre aportación y valor real del balance es como puede obtenerse la correspondiente regla de participación en el haber social a que se contrae el invocado epígrafe b) núm. 1 art. 5 de los mencionados Estatutos sociales, pues el entender lo contrario tanto significaría privar al socio de lo que en realidad le corresponde en

el ente social al que contribuyó con su aportación, al ser éstas las que en definitiva dan vida al ente social y a su situación económica, y generar, de entenderse duda al respecto, clara infracción del pfo. 1º art. 1289 CC, previsor de que cuando el contrato sea oneroso -y lo supone la vinculación social en cuestión- la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

...ya que no sería equitativo privar a un socio, al separarse voluntariamente del ente social a que pertenecía, de los beneficios que en definitiva son consecuencia de su contribución a ellos con sus aportaciones; y, de otra parte, en razón a que privar a los demandantes de ese beneficio, fruto de sus aportaciones en concurrencia de los demás socios, tanto significaría actuar el precitado ente social con indudable abuso de derecho, generante de un injusto enriquecimiento, que precisamente trata de impedir el art. 7 CC, puesto que la sociedad de que se viene haciendo mención quedaría injustamente incrementada en su patrimonio a costa de los socios demandantes, ahora recurrentes, que verían disminuir el suyo en la parte de que eran privados en la participación que les correspondía percibir en la proporción asignable entre la aportación que desembolsaron al tan citado ente social y el real valor que merece su balance en el ejercicio en que se produce su baja voluntaria.

### *3.2 Derecho de obligaciones y contratos, y derecho registral:*

#### **3.2.1 Principio de relatividad. Efectos inter partes:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994: sobre invalidez frente a los propietarios arrendadores de un pacto entre el arrendatario cesionario y arrendatario cedente por el que el primero renuncia al derecho de traspaso a favor del segundo, sin intervención de los arrendadores, que resuelven el contrato por impago del arrendatario cesionario.

...no puede pretender que el contrato entre la actora y la entidad cesionaria vincule a los que no intervinieron en dicho contrato como los arrendadores, totalmente ajenos a él aunque dieran su conformidad a la renuncia aludida. Otro criterio vulneraría el artículo 1257, párrafo 1, del Código Civil, que restringe los efectos de los contratos a "sólo" las partes que los otorgan y sus herederos. En segundo lugar, el recurso olvida o posterga la disciplina jurídica del arrendamiento de cosas, el cual se extingue por las causas que señala el artículo 1569 del mismo Cuerpo legal, entre las que figura en segundo lugar "la falta de pago en el precio convenido", efecto de otra relación jurídica, es decir, de la arrendaticia, en la que no participaba ya la ahora recurrente, pero a la que no puede dejar de afectar la extinción del contrato anterior al ejercicio de su acción. En tercer lugar, en modo alguno puede obligarse a los arrendadores a que decayendo la contraprestación del arrendatario, y, quedando incumplida, no sea resuelto el contrato, efecto resolutivo común a todos los contratos bilaterales, sancionado de modo general en el artículo 1124 del propio Código, con el importante aditamento, que no puede ser impedido por pactos ajenos a los arrendadores, de que la resolución del contrato lleva aquí consigo la recuperación por el arrendador de la posesión del inmueble arrendado. Todo

otro criterio vulneraría, por consiguiente, principios fundamentales de la contratación privada, a los que esta Sala ha de prestar acatamiento.

### **3.2.2 Consentimiento de terceros contratantes en la cesión de contratos:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1994: mientras tal consentimiento no es preciso en la cesión de créditos.

La sentencia recurrida se orienta en este sentido, si bien resulta vacilante, ya que también refiere la situación de darse cesión de derechos que se dice encubierta u oculta para uno de los titulares de los mismos, lo que no explica y sin referencia alguna a haberse producido cesión de créditos que la recurrente aduce. Dicha cesión del crédito no ha tenido lugar en forma alguna, ya que esta figura jurídica no tiene otro alcance que la de obligar al deudor crediticio con un nuevo acreedor, en virtud de negocio bilateral que vincula a cedente y cesionario. No es el caso de autos, pues "Estela Films, SA" no cedió nunca a "Aldebarán, SA" sus derechos a cobrar el precio de las películas producidas, sino, única y exclusivamente concertó la adquisición por la recurrida del derecho de producción, es decir, de realización de la serie televisiva de referencia, a su cuenta y cargo, lo que significa un contenido obligacional más amplio, pero no a percibir el precio de "Televisión Española, SA", pues el poder notarial otorgado por la entidad que recurre a tales efectos, en fecha 30 de julio de 1981 a don Eduardo M. B. –que era representante y productor de "Aldebarán SA"–, lo fue para cobrar en nombre y para dicha poderdante el precio de la película Sonata de Primavera y lo mismo sucedió con la serie Sonata de Estío. A estos efectos, bien claramente se expresó en la cláusula quinta del contrato que relaciona a las sociedades, de 14 de enero de 1981, que se entregarían a la recurrida todas las cantidades a percibir de Televisión Española "en concepto de pago" por la serie de películas mencionadas.

El discurso casacional lleva a considerar la posible concurrencia de cesión del contrato que relaciona a Televisión Española con "Estela Films" a favor de "Aldebarán SA", lo que integra el argumento básico de los motivos que se analizan, para pretender toda exoneración de responsabilidad contractual en favor de la entidad recurrente y en razón a la proyección obligacional de los derechos de producción cinematográfica que fueron objeto de la relación negocial que vincula a las partes.

La figura jurídica de la cesión del contrato supone un negocio de cesión entre cedente ("Estela Films, SA") y "Aldebarán Films, SA" como cesionario, de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de créditos o asunción de deuda, necesitando en todo caso el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido ("Televisión Española, SA"), de tal manera que se exige una necesaria conjunción de tres voluntades contractuales, que se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional, conservando siempre el cedido su posición originaria, lo que determina que la situación negocial, existente entre cedido y cedente, al haber aceptado aquél el traspaso del con-

trato, salvo pacto expreso en contra, queda agotada, con liberación del cedente de sus obligaciones que se traspasan al cesionario, si bien mantiene las que le ligan a éste respecto a la existencia, validez y virtualidad del contrato traspasado.

La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual y así lo ha declarado esta Sala en las ocasiones que ha abordado estas situaciones [Sentencias de 4 febrero 1993 (RJ 1993\825), que refiere las de 12 julio 1926, 1 julio 1949 ( RJ 1949\947), 26 febrero y 26 noviembre 1982 (RJ 1982\6933) y 23 octubre 1984 (RJ 1984\4972)].

### **3.2.3 Prohibición de los pactos de renuncia a recursos:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993:

– El motivo quinto denuncia infracción del art. 1091 del Código Civil, al entender que no debió accederse a la reconvencción por impedirlo la estipulación XI, que veda al contratista formular reclamación alguna contra otra fase que no sea la indicada para esta singular contratación debido a la administración separada de fases o bloques. En el examen y resolución de este motivo ha de partirse de una cláusula contractual que impide a uno de los contratantes formular "jamás" alguna reclamación contra el otro contratante en la esfera a que se refiere, dado lo "singular de esta contratación". En primer lugar esta cláusula es contraria a la buena fe, al uso y a la ley, que manda seguir el art. 1258 del Código Civil aparte de lo estrictamente pactado, y este precepto legal se superpone al invocado en el recurso, en cuanto se ha declarado (SS. 3-11-1902 y 23-3-1929) que el art. 1091 está subordinado a las demás disposiciones legales sobre la materia y al 1255, que asimismo prohíbe los acuerdos contra la ley o la moral. Pero sobre todo la estipulación discutida contraviene, dados sus términos imperativos (no podrá "jamás" reclamar), lo que dispone la redacción literal y el espíritu del art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), al impedir claramente que el ahora reconviente y recurrido obtenga la tutela efectiva de los jueces y tribunales en un sector del ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; indefensión que se produciría de dar efectividad a la expresada cláusula contractual.

### **3.2.4 Ineficacia de la donación promisorio o "in promitendo":**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1982:

**...de tal suerte que la inexigibilidad correlativa a la índole de tales prestaciones se refleja, dentro de una primera consideración, en la correlativa inidoneidad de las mismas para servir de causa onerosa ("en pago"; "cesión o adjudicación en pago"), guardando por el contrario clara armonía con la causa gratuita que no puede por menos que hacerse presente en diversos pasajes ("reconocimiento y agradecimiento"; "además de su agradecimiento"); y si originariamente ya se patentiza el carácter gratuito o no oneroso –dato este que debe retenerse para observar, desde otro**

punto de vista, la buscada eficacia actual, tomando en la obligada consideración los actos posteriores– desde otro ángulo; B) la calificación que merece lo plasmado en el documento no ha de ser otra que la de donación promisorio o donación "in promitendo" ya que obviamente no se transmitió la finca y es esto justamente lo que en el juicio se persigue, siendo dicha figura –según declaró la sentencia de esta Sala de 6 junio 1908– ajena a la regulación positiva de la donación dentro del C. Civ. que la regula como negocio con formas propias (arts. 632 y 633) y también, según la definición del 618, esencialmente dispositivo, carácter que no se pierde ni siquiera cuando concurre con la donación –esencialmente traditoria siempre– la condición, la cual habrá de entenderse afectante a la donación misma, de tal suerte que la propiedad de la cosa se adquiera por modo automático, producido que sea el evento en que la condición consista (en el caso, el esmerado cuidado, etc.) y sin otro momento de voluntad del donante (en el caso, indispensable, según los términos del documento), de tal suerte que la supuesta obligación de donar no pueda existir ni funcionar de otro modo que, una vez efectuada la donación, excluyendo el juego de la "condictio indebiti" (art. 1101), como ha puesto de relieve la mejor doctrina; careciendo por lo tanto de toda exigibilidad –no existe una obligación de dar, directamente originada por la donación promisorio– ésta que se llama "formal promesa", con matiz condicional: "siempre y cuando"

### 3.2.5 Prohibición del pacto comisorio que previene la adjudicación del bien hipotecado al acreedor hipotecario:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997: estima fraudulenta una compraventa en documento privado a favor del acreedor hipotecario en escritura que es el mismo comprador en el documento privado, y que se había reservado la facultad de pedir la elevación a escritura pública del documento de compraventa:

Desarrolla el motivo haciendo hincapié en la intención común de los contratantes, afirmando textualmente: "Es evidente que el contrato principal y querido por las partes contratantes era el mentado contrato privado entre ellos suscrito en fecha 22 de abril de 1989 y no la escritura pública de hipoteca suscrita con anterioridad, aunque el mismo día, ya que ésta el único fin que tenía era el de garantizar realmente la devolución de parte de la vendedora de la cantidad ya desembolsada por mi principal (20.000.000 ptas.) más los intereses pactados, para el caso que éste decidiese la resolución del contrato. Es decir para el caso de que optase por la letra a) de la Estipulación Séptima. Por tanto la hipoteca constituida no era otra cosa que un contrato accesorio de garantía y, tanto es así, que como se dice en la Estipulación Novena del meritado contrato privado, D<sup>a</sup> Dulce Nombre de María no recibió ni una sólo peseta en concepto de préstamo, sino que los 20.000.000 ptas. los recibe como consecuencia del contrato privado y en la forma y manera que en dicha Estipulación Novena se dice".

El motivo se desestima pues su falta de consistencia real es patente. Aparte de no combatir las razones por las cuales la Audiencia llega al fallo desestimatorio de

sus pretensiones, y aparte de calificar el contrato privado sometido a debate judicial como de una claridad meridiana cuando su denso y largo contenido lo desmiente inmediatamente, bastaría con detenerse en lo que la recurrente dice en defensa de su motivo para coincidir con el fallo de la Audiencia. Dice que la hipoteca no tenía como fin más que garantizar a la sociedad compradora la devolución de los veinte millones de pesetas y los intereses pactados para el caso de que optase por ejecutar la hipoteca constituida el mismo día, si decidía la resolución del contrato. Pero esa opción de la estipulación séptima entraña un pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 C.c.), porque a través de la instrumentación de una compraventa en la que el objeto es el inmueble gravado y el precio es el importe de la deuda insatisfecha, el acreedor hipotecario persigue el mismo fin prohibido legalmente; que se apropie de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito. Se comete un fraude de ley, porque, al amparo del texto de una norma que lo permite (art. 1445 C.c.), resulta vulnerada la norma prohibitiva del pacto comisorio, por lo que, descubierto el fraude, hay que aplicar ésta por ordenarlo el art. 6º.4 del Código civil. Frente a ello no puede alegarse que el acreedor de restitución tenía la opción de ejecutar la hipoteca o la de exigir la transmisión de la propiedad de la finca, independizando así dos consecuencias jurídicas del incumplimiento. El artificio fraudulento reside precisamente en esa disociación de tal manera que parezca que la apropiación de la cosa dada en garantía no es una consecuencia de la hipoteca, sino de exigir el cumplimiento de un simple contrato de compraventa. Pero se articule más o menos ingeniosamente, lo cierto es que el acreedor hipotecario, pues esa cualidad no la quiere perder, satisface de una manera forzosa para su deudor el interés que tiene pasando a ser propietario, por el importe de la deuda garantizada, del inmueble gravado

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1988: aplicación de la prohibición del pacto comisorio por analogía a los negocios fiduciarios en garantía:

...preciso adentrarse en la naturaleza del contrato origen de la discordia, el cual, no obstante el inicial acuerdo de las partes e incluso de las dos sentencias dictadas, no ofrece una tipificación tan clara como la que se le ha dado, por cuanto más que de negocio fiduciario merece la calificación de fiducia, diferencia radicante en que si bien en unos y otros concurren dos manifestaciones negociales distintas; en este caso un préstamo y una venta con pacto de retro, en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa eficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado, finalidad que en casos como el presente, consiste para el prestatario en obtener el capital que necesita y para el prestamista garantizarle la devolución de lo prestado.

A estos efectos, debe ponerse de relieve, que los presupuestos fácticos expuestos en su lugar oportuno, muestran cómo en este caso la razón de ser de la venta con pacto de retro fue precisamente el préstamo concedido al firmarse el documento privado de 31 diciembre 1970, por almacenes "L." a D. Manuel.

En cuanto a la posibilidad de estos negocios de garantía con fiducia, o de fiducia en garantía -que no fiduciarios- tiene su razón de ser, además en las peculiaridades que se han dejado expuestas, en la circunstancia de que el Código civil no limita las figuras contractuales a salvo las prohibiciones del art. 1255; que el art. 3.1 CC, proclama la aplicación del derecho atendiendo a las necesidades sociales de cada momento histórico, lo que ha permitido la creación de nuevos tipos o manifestaciones tanto de derechos reales, como de contratos de lo cual son ejemplo la admitida distinción entre servidumbres de paso y "serventías" o la de los contratos de renta vitalicia y los vitalicios.

Pero es que, además, tampoco puede olvidarse a los efectos de configurar esa figura de la fiducia, que la ley no favorece ni el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial, marcos éstos entre los que se encuentra comprendido el enriquecimiento injusto, a cuyos efectos debe señalarse que el importe de los préstamos otorgados por la agencia "L." a D. Manuel ascendía a 151.000.000 pts. y la garantía inmobiliaria comprendía 40 apartamentos y 3 locales en el edificio "M.", sito en la Orotava.

Y siguiendo con esta motivación, para completar su estudio se hace preciso aludir a otro aspecto de la misma, el relativo a los "pactos de lex comisoría", eje juntamente con el anteriormente tratado de la contraposición entre la tesis de la sentencia impugnada y la en este motivo alegada, pacto cuya admisión en este caso concreto se rechaza.

Este repudio, obedece a la consideración de que en aquellos casos en que como el aquí contemplado la causa eficiente de la garantía consistente en la transmisión de la propiedad fue el préstamo, la aceptación de estos pactos no es aconsejable:

a) Porque si bien es innegable que la doctrina de esta Sala los tiene admitidos para ciertos supuestos, ello no tiene un carácter general en cuanto que en otros los rechaza.

b) Porque en el Código civil existe una concreta prohibición de los mismos para los contratos de garantía a que el art. 1859 se refiere (hipoteca y prenda).

c) Porque aun cuando algún sector de la doctrina científica no lo admita, lo cierto es que la más generalizada posición acepta que la prohibición contenida en dicho precepto puede extenderse a otros supuestos, lo cual no rechaza la jurisprudencia de esta Sala, extensión que puede operarse perfectamente para casos como el presente (de mutuo), por virtud de la aplicación analógica de referido precepto y a tenor de lo dispuesto en el art. 4.1 CC, máxime cuando de tal analógica aplicación no resulta para el prestatario el evidente perjuicio que podría derivar de la atribución de propiedad al prestamista de los 43 locales y apartamentos que se han dejado indicados, ni tampoco lo supone para el prestamista quien ostenta como garantías, además del "ius distrahendi" un derecho de preferencia para el cobro de su capital, sin olvidar el derecho a ejercitar judicialmente las oportunas acciones para exigir el cumplimiento del débito, así como el de interesar la venta en pública subasta de los bienes que sirven de garantía al préstamo.

### 3.3 Derecho de familia y sucesorio:

#### 3.3.1 La filiación está sustraída al principio de autonomía de la voluntad:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1992: en un supuesto en que se impugna una filiación matrimonial reconocida en un proceso de separación previo, reclamando a la vez la filiación no matrimonial respecto de otra persona:

En cuanto a la impugnación contenida en el apartado tercero del motivo fundada en la infracción por la sentencia recurrida del principio de que "nadie puede ir contra sus propios actos", ha de tenerse en cuenta que la aplicación del invocado principio general de derecho acogido por la doctrina legal requiere que los actos propios contradictorios provengan de una misma persona actuando con la misma representación, por lo que esta doctrina resulta inaplicable cuando los actos se ejecutaron con distinta personalidad y representación –SS. 11-11-1889, 5-5-1905, 8-6-1956 (RJ 1956\2477) y 3-3-1990 ( RJ 1990\1663)–, como sucede en el presente caso en que doña Concepción R. actuó en los procesos de separación y divorcio seguidos con su marido y en que se reconocía la filiación matrimonial de la hija Gloria, en su propio nombre, en tanto que en este juicio actúa como representante legal de su hijo menor, y, sobre todo, es de resaltar que las cuestiones relativas a la filiación, matrimonial o no matrimonial, son cuestiones de orden público y quedan sustraídas, en principio, a la libre autonomía de la voluntad (art. 1814 del Código Civil), que sólo puede desplegar su eficacia dentro de los límites excepcionales que en cada caso marca la Ley, por lo que carecen de trascendencia a los efectos ahora contemplados las declaraciones de la madre en aquellos procesos sobre la filiación de la hija. Por todo lo expuesto procede la desestimación de este segundo motivo en cada uno de los tres apartados que consta, lo que conlleva la del recurso en su totalidad con las preceptivas consecuencias que en orden a las costas y pérdida del depósito establece el art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### 3.3.2 Legítimas y reservas:

Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos (806 C.C.).

Las reservas se configuran para caso de bienes adquiridos por ascendientes de sus descendientes que los hubieran adquirido a título lucrativo de otros ascendientes o de hermanos, con destino a los parientes dentro del tercer grado de la línea de procedencia de los bienes ( 811 CC); para el caso de bienes donados por ascendientes que hereden a los descendientes donatarios fallecidos (812 C.C.); para el caso del cónyuge viudo que contraiga ulteriores nupcias respecto de los bienes adquiridos por testamento, sucesión intestada, donación u otro título lucrativo de su cónyuge premuerto y en beneficio de los hijos y descendientes de éste (911 y ss. C.C.)

#### 3.3.3 Testamento y particiones hereditarias:

Testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de una parte de ellos (667 C.C.).

Los herederos instituidos sin designación de partes, heredarán a partes iguales (765 C.C.).

Cuando el testador hiciere por acto intervivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos. El padre que en interés de su familia quisiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de esta facultad, disponiendo que se satisfaga la legítima en metálico a los demás hijos (1056 C.C.)

El testador puede encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la facultad de hacer la partición de sus bienes a cualquier persona que no sea uno de los herederos (1057 C.C.). A falta de disposición del testador sobre esta materia los herederos mayores de edad dotados de la libre administración de sus bienes pueden hacer las particiones como tengan por conveniente (1058 C.C.). En tales casos, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho con su división, podrá adjudicarse, mediando unanimidad, a uno, que abonará a los otros su exceso en dinero (1062 C.C.)

*3.3.3.1 Validez de la partición hereditaria encomendada a un tercero por los herederos:*

- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1940:

Que es cuestión esencial entre las planteadas en el pleito y manifiestamente decisiva de las ya muy limitadas, que se han de examinar en el recurso, la relativa a la fijación del sentido y alcance del documento privado que los herederos de los cónyuges don E. N. y doña R. P. suscribieron el 1 de agosto de 1924; porque habiéndose atribuido en él al agrimensor don S. F. la facultad de llevar a efecto las operaciones de inventario, avalúo y división en la forma que expresa el mismo documento, de los bienes inmuebles relictos por los mencionados causantes y que fueron objeto de la partición practicada en virtud de la escritura pública que ante el Notario de Betanzos don J. A. otorgaron el 13 de julio de 1928 los herederos aludidos, sin que al otorgamiento quisiese concurrir la viuda del también heredero fallecido don V. N. P., doña B. C., en tanto será estimable la pretensión de esta recurrente, dados sus fundamentos y los que sustentan el fallo recurrido, en cuanto el agrimensor designado como antes se indica se hubiere excedido de las facultades que sus comitentes le confirieron, o a ellas no se hubiese acomodado, al practicar las operaciones particionales aprobadas por los herederos demandados y no consentidas por doña B. C., ya que **no se ha de desconocer que lo mismo cuando los interesados en una herencia realizan por sí la partición, que cuando, puesto al efecto de acuerdo, encomiendan su práctica a persona distinta, tiene aquélla naturaleza contractual, determinándose entonces su existencia y validez por el consentimiento de los contratantes, según exige el artículo 1261 del Código Civil, de igual manera que son causas que determinan su nulidad los que conforme a lo establecido en los artículos 1300 a 1314 del propio Código producen la de los contratos.**

### 3.3.3.2 Las donaciones inter vivos colacionables representan una auténtica partición hereditaria realizada por el testador:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1979:

Que sentado lo anterior en nada importa a la cuestión debatida al aserto de la sentencia objeto de recurso en orden a que el testamento otorgado por doña Rosenda M. el 24 marzo 1970, integrado por las donaciones dispuestas años atrás y a las que se refiere como suficientes para cubrir la legítima en cuanto que colacionables (artículos 1035 y 815 del C. Civ.), **entraña una partición practicada por la testadora, como así es propiamente, pues en nada se opone a que el acto de liberalidad en favor de la recurrente aun constituyendo una donación "inter vivos" resulte compatible en su trascendencia con la reserva por la donante del derecho a elevar la fábrica edificada;** lo que hace decaer el motivo segundo del recurso, que alega aplicación indebida del art. 1056 del citado Código, y también el tercero que aduce no aplicación del art. 1091 del propio Cuerpo legal en relación con el 621, por cuanto la sentencia recurrida, lejos de desconocer la fuerza obligatoria del contrato al interpretar la donación en el sentido expuesto, ha fijado con acierto el contenido de la disposición de la donante doña Rosenda M.

### 3.3.3.3 Validez de la cláusula testamentaria sancionando a los herederos que impugnen las disposiciones testamentarias con la reducción de sus derechos sucesorios a la porción de la legítima estricta, siempre que las disposiciones testamentarias no violen derechos indisponibles:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999:

Los motivos segundo y tercero del recurso, ambos con cobertura en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –uno, por aplicación indebida del artículo 6.3 del Código Civil, toda vez que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha valorado que la cláusula novena del testamento otorgado por don José V. P., relativa a su deseo de impedir la intervención judicial en la testamentaria y la sanción, al heredero que la promoviera, de percibir únicamente la cuota legitimaria mínima, tiene una gran tradición y aceptación entre las disposiciones testamentarias de nuestra vida jurídica; y otro, por infracción del artículo 675, párrafo segundo, del Código Civil, ya que, según manifiesta, aquella resolución ha entendido que la indicada cláusula participa de la naturaleza de acto ilícito, cuando no posee tal carácter– se examinan conjuntamente, por su unidad de planteamiento, y se desestiman porque la decisión de la Audiencia ha seguido la reiterada línea jurisprudencial en esta materia, amén de que, *como la voluntad del causante constituye la regla principal en la sucesión testamentaria, la cuestión relativa a la prohibición de la intervención judicial en los espacios de la partición y distribución de bienes hereditarios, cuando dichos actos son efectuados por el testador o se atribuyen al contador-partidor, se admite, en general, como válida en la doctrina científica, pero si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o lesionase derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio*, como ocurre en este caso, donde obra acreditado la falta de la liquidación de la sociedad de gananciales habida entre don José V. P. y doña María Lourdes S. D. y, sin embargo, los bienes de la misma se han incorporado a la partición efectuada.

### **3.3.4 Administración de los bienes atribuidos a título gratuito a menores de edad:**

Quien disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerla (227 C.C.).

La regla general sobre administración de los bienes de los hijos, es que tal administración corresponde a los padres que la ejercerán con la misma diligencia que con sus propios bienes (164 C.C.). Pero esta regla se excepciona, entre otros casos, respecto de los bienes adquiridos por los menores a título gratuito cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa. En este caso la voluntad del disponente rige completamente la administración de los bienes y el destino de sus frutos (164,1º C.C.)

- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1904:

No contraría el número 4º del artículo 264 (actual 269, obligaciones de la tutela) la disposición testamentaria por la que se establece una administración especial para los bienes legados a un menor, pues pudiendo coexistir con la patria potestad una administración separada de determinados bienes, con mayor razón podrá ésta coexistir con la tutela cuando llegue el caso de constituirla, sea testamentaria, dativa o legítima.

a) Es posible conferir por testamento la administración de los bienes heredados por los hijos menores a persona diferente a quien ejerce la patria potestad, bien por la vía de excluir a los padres, bien por la vía de ampliar las facultades del albaceazgo; e incluso para períodos en que los hijos hayan ido adquiriendo la mayoría de edad:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1998: (veintitrés años).

PRIMERO.-I.-El Procurador de los Tribunales don José Arnaiz y Sáenz de Cabezón, en nombre y representación de doña María Belén San J. L., doña Eva María San J. L., don Miguel San J. L. y doña María de Lara San J. L., formuló demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Aranda de Duero, contra doña María del Carmen San J. A. y don Carmelo G. A., en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare: "1.-Se declare la obligación de los Administradores de los bienes de los demandantes a informar a éstos, por ser mayores de edad y en pleno ejercicio de sus derechos civiles, de los actos de la administración de sus bienes, de los frutos y rentas y su destino conforme a lo establecido en el testamento de su padre; obligación que se concretará en los siguientes extremos: A.-Los administradores presentarán a cada uno de los administrados cuenta detallada y justificada documentalmente de los frutos y rentas que han producido todos y cada uno de los bienes objeto de la administración desde el día 9 de agosto de 1987 hasta la fecha en que se dictare sentencia en este proceso; indicando además la parte que corresponda a cada administrado y los gastos aplicados a cada uno de ellos. B.-Los administradores presentarán a cada administrado, entre los días 1 y 31 de enero de cada año, cuenta detallada y justificada documentalmente de los frutos y rentas de todos y cada uno de los mencionados bienes

hayan producido en el año natural inmediatamente anteriores, indicando qué parte corresponde a cada administrado y los gastos aplicados a cada uno de ellos. C.—Los administradores justificarán, en el plazo de diez días a partir de la firmeza de la sentencia, dónde y cómo han constituido el depósito a nombre de los menores que el testador les ordenó dejasen, hasta la edad de veintitrés años de los mismos, el resto de los frutos y rentas producidos por la administración de sus bienes, no destinados a su cuidado, alimentación y educación. D.—Los administradores actuarán en el ejercicio de este cargo con absoluta separación de cuentas respecto a las de la otra comunera en proindiviso tanto de fincas rústicas como urbanas; y en especial realizarán las oportunas acciones para separar los frutos y rentas, así como los gastos, producidos en la administración de los bienes de los administrados, de los ingresos y gastos que produzca la actividad de la empresa "Doroteo San Juan, SA", y de la utilización por doña María del Carmen San J. de los proindivisos de fincas rústicas y urbanas. 2.—Se condene a los administradores: A.—A pagar, conjunta y solidariamente, la cantidad que, en ejecución de sentencia se liquide por daños y perjuicios ocasionados a los administradores, tanto por actuaciones negligentes como por omisiones en el desempeño del cargo de que aceptaron. B.—Condene a los Administradores a pagar los gastos de consumo de energía eléctrica, teléfono y demás servicios de la casa en la que residen los administradores sita en Plaza de San Francisco núm. 5, 5.º Izqda., así como los que ocasione su educación, alimentación, vestido y cuidado médico sanitario, incluido dentista, oftalmólogo y aparatos o prótesis recetados, independientemente de pensiones alimenticias que se vienen pagando actualizadas, en cuanto todo ello supone cumplimiento estricto del mandato testamentario que les obliga a destinar los frutos y rentas al cuidado, alimentación y educación de los administradores. C.—Ordenar a los administradores la constitución de fianza para responder en el futuro de sus responsabilidades económicas derivadas de su actuación que, por el valor que presenta la herencia, se estima debe ser de 50.000.000 de pesetas".

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Son antecedentes necesarios a tener en cuenta para la resolución del presente recurso los siguientes: el día 9 de agosto de 1987 falleció don Porfirio San J. A., padre de los actores, bajo testamento notarial otorgado el día 4 del mismo mes y año por el que instituyó herederos por sextas e iguales partes a sus seis hijos; en la cláusula segunda del testamento " nombra albaceas contadores partidores, solidarios con las más amplias facultades posibles, incluida la entrega de toda clase de legados, prorrogándoles el plazo legal hasta que alcance el menor de sus hijos la edad de veintitrés años, a su hermana doña María del Carmen San J. A., vecina de Aranda de Duero, y a su primo carnal don Carmelo G. A., vecino de Madrid"; en la cláusula tercera; el testador "excluye expresamente y en forma absoluta a su anterior esposa doña María Jesús L. R., de la administración de los bienes que sus hijos reciban por este título o por subrogación de los mismos"; en la cláusula cuarta " nombra administradores de los bienes de sus hijos hasta que éstos alcancen la edad de los veintitrés años a su hermana doña María del Carmen San J. A. y a su primo don Carmelo G. A., quienes ejercerán conjuntamente pudiendo los mismos adoptar los acuerdos pertinentes para facultarse uno a otro respecto al ejercicio pleno de la administración de dichos bienes; en caso de renuncia, incapaci-

ciudad o fallecimiento de los nombrados ejercitará dichas facultades de administración el que quedare y a la falta de ambos la persona que designe el Juez competente del domicilio de los hijos, procurando siempre que sea una misma administración para todo el conjunto patrimonial afectado. Todo ello se entiende de los bienes que sus hijos reciban por su título. Durante la minoridad de edad de sus hijos los frutos y rentas producidos por la administración de sus bienes se destinará a su cuidado, alimentación y educación, quedando el resto depositado en la forma que decidan los administradores a nombre de dichos menores hasta que alcancen la edad de veintitrés años; si alguno de sus hijos y herederos se opusiere a lo dispuesto en esta cláusula y en la anterior quedará reducido (sic) sus derechos hereditarios a lo que por su legítima estricta (sic) le corresponda acreciendo el resto de su porción hereditaria a los herederos respetuosos con esta disposición".

Por los cuatro hijos habidos por el causante de su segundo matrimonio y que en la fecha de interposición de la demanda (25 de junio de 1991) habían alcanzado la mayoría de edad se inició este procedimiento contra los albaceas administradores designados en el testamento solicitando, sustancialmente, la presentación de cuentas desde el día 9 de agosto de 1987, la condena de los administradores a presentar cuentas anualmente, acrediten el depósito de los frutos y rentas en la forma establecida en el testamento y condenarles al pago de los daños y perjuicios causados.

... Cualquiera que sea el encuadre jurídico que se le dé a la administración de los bienes integrantes de la herencia del causante padre de los actores conferida a quienes en la disposición testamentaria fueron designados albaceas, es decir, ya se considere como una ampliación de las facultades que a éstos concede el art. 902 del Código Civil, constituyendo un albaceazgo de carácter universal, ya se estime que la administración nombrada en el testamento tuvo por finalidad separar a la madre de los hijos menores de edad del causante de la administración que por ley le correspondería (art. 164, párrafo 1.º y párrafo 2.º.1.º del Código Civil) como expresamente se establece en la cláusula tercera del testamento, no obstante prolongarse esa administración más allá de la minoridad de los hijos hasta los veintitrés años, lo cierto es que tal administración, y salvo lo establecido por el testador, viene regida por las normas generales a las que están sujetos todos los que por cualquier título administran bienes ajenos; no son aplicables al caso, ni siquiera analógicamente, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente los arts. 1005 y 1019 que se citan en el fundamento jurídico de la sentencia recurrida que regulan la administración de la herencia en el juicio de abintestato sometida al control judicial en su ejecución. **Sometida la administración de los designados albaceas a las reglas generales, es claro que, de acuerdo con el art. 1720 del Código Civil, vienen obligados los administradores a rendir cuenta de sus operaciones y, no estableciéndose en las disposiciones testamentarias normas especiales acerca del tiempo en que habría de realizarse esa dación de cuentas, la misma ha de hacerse al finalizar el encargo recibido como último acto de su administración; será a través de la detallada y justificada rendición de cuentas al final de la administración cuando pueda apreciarse si los designados han cumplido sus funciones de acuerdo con las instrucciones del testador y con la diligencia de un buen padre de familia; a idéntica solución se llega desde el art. 168 del Código Civil si se entiende que se trata de una administración derivada de la exclusión de la que hubiera correspondido a la madre de los herederos menores de edad, aunque en este caso se prolongaba esa administración hasta los veintitrés años.**

Por todo ello **han de estimarse los tres motivos del recurso ya que al tiempo de la interposición de la demanda no había transcurrido el plazo durante el cual habían de administrar los bienes y, por tanto, no había llegado el momento en que habían de rendir cuentas de su administración**; procede la casación y anulación de la sentencia recurrida y la confirmación de la de primera instancia.

#### 4. CONTENIDO DEL PROTOCOLO:

##### 4.1 Órganos:

##### 4.1.1. Asamblea Familiar:

- **Composición y derechos de voto:** En principio todos los miembros de la familia definida en el convenio que tengan mayoría de edad. En la asignación de derechos de voto debe optarse por asignar votos por cabeza o por porcentajes de propiedad. En caso de optarse por votos por cabeza, pueden ponderarse las mayorías personales con las mayorías de capital en la adopción de los acuerdos.

- **Lugar de reunión:**

- **Forma de convocatoria:** por simple comunicación verbal o escrita admitiendo la posibilidad de reunión siempre que la totalidad de los miembros presentes acuerden celebrarla.

- **Periodicidad de las reuniones.** Si se desea establecer una serie mínima de reuniones.

- **Posibilidad de representación:** sólo si la representación se confiere a otro miembro de la familia definida en el protocolo, u otra alternativa diferente.

- **Funcionamiento:** Actuará como Presidente el miembro de más edad, y como secretario el de menos edad. Corresponde al Presidente la ordenación de las intervenciones que se ajustarán en principio al orden del día de la reunión fijado en la convocatoria o antes de iniciarse la reunión, en su defecto. Los acuerdos de adoptarán por mayoría de votos (personales que representen a su vez la mayoría del capital familiar de las empresas afectadas) y en caso de empate se entiende denegada la propuesta.

- **Actas de las reuniones:** El contenido de lo tratado en la reunión, y de los acuerdos adoptados se transcribirá en un acta que firmarán todos los asistentes, y que será aprobada en el mismo momento de la reunión o en cualquier otro posterior.

##### 4.1.2 Consejo familiar o Directiva Familiar:

- **Composición y derechos de voto:** En principio es un órgano restringido a los miembros de mayor autoridad moral de la familia y a los titulares de mayor participación en las empresas. Puede contemplarse una representación de todas las estirpes de la fa-

milia. En la asignación de derechos de voto debe optarse por asignar votos por cabeza o por porcentajes de propiedad. En caso de optarse por votos por cabeza, pueden ponderarse las mayorías personales con las mayorías de capital en la adopción de los acuerdos.

- **Lugar de reunión:**
- **Forma de convocatoria:** por simple comunicación verbal o escrita admitiendo la posibilidad de reunión siempre que la totalidad de los miembros presentes acuerden celebrarla.
- **Periodicidad de las reuniones.** Mensual por ejemplo.
- **Posibilidad de representación:** puede pensarse en denegar esta posibilidad, pero puede haber algún problema en casos de fuerza mayor o enfermedad etc.
- **Funcionamiento:** Actuará como Presidente el miembro de más edad, y como secretario el de menos edad. Corresponde al Presidente la ordenación de las intervenciones que se ajustarán en principio al orden del día de la reunión fijado en la convocatoria o antes de iniciarse la reunión, en su defecto. Los acuerdos de adoptarán por mayoría de votos (personales que representen a su vez la mayoría del capital familiar de las empresas afectadas) y en caso de empate se entiende denegada la propuesta.
- **Actas de las reuniones:** El contenido de lo tratado en la reunión, y de los acuerdos adoptados se transcribirá en un acta que firmarán todos los asistentes, y que será aprobada en el mismo momento de la reunión o en cualquier otro posterior.

## *4.2 El Trabajo en la empresa familiar:*

### **4.2.1 Definición de los criterios de acceso al trabajo en la empresa de los miembros de la familia:**

*4.2.1.1 Principio de acceso igualitario:* entre todos los miembros de la familia que rubrica el protocolo se reconocen la posibilidad de acceso al trabajo en la empresa familiar en igualdad de condiciones, (entre ellos o con terceras personas) según el principio de mérito y capacidad.

*4.2.1.2 Sistemas de evaluación de la capacidad:* Según el perfil del puesto de trabajo requerido se evaluará por la Directiva Familiar a cada uno de los miembros de la misma que pretendan acceder en igualdad de condiciones, (entre ellos o con terceras personas), al puesto de trabajo, según baremo de evaluación de los méritos aducidos.

#### *4.2.1.3 Baremos de evaluación de la capacidad:*

- Títulos académicos exigidos por el perfil.

- Otros títulos académicos.
- Experiencia en el sector.
- Otra experiencia laboral.
- Idiomas.
- Publicaciones
- Disponibilidad en exclusiva.
- Personas a su cargo.
- Otros méritos.

**4.2.1.4 Definición del sistema retributivo:** Los miembros de la familia que presten su trabajo en la empresa familiar devengarán sus retribuciones fijas y/o variables según valor de mercado correspondiente a la categoría laboral o profesional. Si conviene, precisar la fórmula o valor de referencia para dar mayor certeza al nivel retributivo. Posible relación de la retribución con el nivel de beneficios de la empresa familiar. Previsión de cotizaciones a Planes o Fondos de Pensiones a favor de los trabajadores del grupo familiar, y de otras posibles retribuciones en especie, como la cotización a entidades de seguros médicos privadas, viviendas, automóviles, etc.

A tener en cuenta las limitaciones que el derecho societario impone. Puesto que el sistema de retribución de los administradores sociales ha de quedar regulado en los estatutos sociales, con independencia de las facultades de la Junta de fijar o cuantificar la retribución concreta dentro del sistema estatutario.

a) Debe llamarse la atención que lo que la Junta no puede establecer, por ser materia estatutaria, es el Sistema de retribución, pero sí puede fijar la cuantía de la retribución dentro del sistema establecido:

- D.G.R.N. 15 de abril de 2000:

Como ya señalaron las Resoluciones de este Centro Directivo de 18 de febrero y 15 de octubre de 1998 y 18 de septiembre de 1999, el artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada parte de la base de la gratuidad del cargo, regla, no obstante, de carácter dispositivo al admitir que los estatutos puedan establecer lo contrario, "determinando el sistema de retribución". Se requieren por tanto dos requisitos, la expresa previsión de la retribución y la determinación del sistema en que ha de consistir. Es cierto que conforme al apartado 3º de la misma norma, cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, supuesto en que es necesario que los propios estatutos la concreten con el límite máximo del 10 por 100 de los repartibles entre los socios, la remuneración será fijada para cada ejercicio por la Junta General.

Ello no permite entender, como pretende el recurrente, que corresponda a la Junta la determinación del concreto sistema –suelo, dietas, aportaciones a planes de pensiones, primas de seguros de vida, etc. en que la retribución ha de consistir, sino tan sólo la fijación de la cuantía concreta de la misma para el ejercicio correspondiente, pero siempre de acuerdo con el sistema o modalidad retributiva prevista en los estatutos, y ello como garantía tanto para los socios, según reconoce expresamente la exposición de motivos de la Ley, como para los propios Administradores.

b) El sistema retributivo consistente en un porcentaje de participación en beneficios ha de fijar el concreto porcentaje de que se trate, y es posible la previsión de varios sistemas de retribución acumulativos:

- D.G.R.N. 19 de febrero de 1998:

PRIMERO.–Por escritura autorizada el 28 de noviembre de 1995 por el Notario de Terrassa don Alfredo Arbona Casp, se constituyó la compañía mercantil "J., S.L." (Sociedad Unipersonal). Dentro de las normas estatutarias por las que habría de regirse la sociedad, se encuentran las siguientes:

Artículo 16, párrafo segundo: Los cargos de Administrador o, en su caso, de Consejeros serán retribuidos, consistiendo, por una parte, en una cantidad fija en su cuantía y periódica en su vencimiento, acorde con su categoría y, además, en cuantías complementarias fijas, a pagar en una o más veces en cada ejercicio, y tendrán una participación de los beneficios, con las limitaciones que, al efecto, establece la Ley, y sin que en este caso la participación pueda ser superior al 10 por 100 de los beneficios repartibles entre los socios, siempre y cuando estén cubiertas las partidas de las reservas legales. Y, asimismo, en su caso, el Consejo de Administración, incluido el o los Consejeros-Delegados, percibirá una cuantía equivalente al 15 por 100, para cada miembro, del sueldo de la retribución del Consejero-Delegado, como compensación por la toma de decisiones y gastos de representación y dietas de asistencia.

En el segundo de los defectos, rechaza el Registrador la compleja forma de retribución de los Administradores adoptada en el artículo 16 de los mismos Estatutos. Son varias las cuestiones que aquí se plantean. De entrada, señala la nota recurrida que no cabe un sistema de retribución acumulativo, que aúne una participación en los beneficios con otras percepciones. Tal conclusión, que pretende basarse en el artículo 66 de la Ley reguladora de la forma social, no puede mantenerse. Esta norma, tras partir de la presunción de gratuidad en el ejercicio del cargo, presunción que tan sólo una disposición contraria de los Estatutos, complementada, además, con la determinación del sistema de retribución, puede desvirtuar, impone determinadas exigencias y limitaciones según se establezca sobre la base de una participación en los beneficios o se acuda a otro distinto. La presencia de ese doble juego de limitaciones no puede llevar a entender que los sistemas a que se refieren sean necesariamente alternativos y autoexcluyentes, de suerte que tan sólo quepa optar por uno u otro, sino que cabe perfectamente un sistema acumulativo que reúna o combine los dos, sin perjuicio del juego, para cada uno de ellos, de las limitaciones impuestas por el legislador.

Rechaza también el Registrador el sistema de retribución consistente en una participación en los beneficios sociales por falta de determinación del porcentaje en que haya de consistir. En este punto la nota ha de confirmarse. La norma cuestionada se limita a establecer un límite, el de que la retribución no puede ser superior al 10 por 100 de los beneficios repartibles entre los socios, extremo en el que coincide con la regla 2.a del citado artículo 66 de la Ley, pero ésta exige algo más, que dentro de ese límite máximo fijen los Estatutos el concreto porcentaje en que ha de consistir la retribución, excluyendo así que pueda dejarse al arbitrio de la Junta general, que es lo que sucedería con la fórmula adoptada.

Se ha de examinar, finalmente, el último párrafo de la misma regla de los Estatutos cuya inscripción también se rechaza. Dentro de su confusa formulación parece pretender regular —así cabe deducirlo del inciso en su caso— la retribución de los Administradores cuando éstos integren un Consejo de Administración, por más que su párrafo primero ya se refiera indistintamente a la retribución del Administrador o Consejeros. Se establece para tal supuesto que la retribución de cada uno de los miembros del Consejo, incluido el o los Consejeros Delegados, consistirá en un porcentaje de la que como sueldo corresponda al Consejero Delegado. Aun cuando en principio cupiera entender que en este caso se respeta el principio legal de la soberanía de la Junta a la hora de fijar la retribución, pues los Estatutos no cuantifican el importe del sueldo que ha de servir de módulo para el cálculo y nada obsta a que se establezcan retribuciones distintas para unos u otros Administradores, late en el fondo la impresión de que la retribución de los representantes orgánicos se pretende entremezclar con la que tenga su origen en otro tipo de relación con la sociedad. Así cabe deducirlo de la referencia a un sueldo. Son dos cuestiones independientes aun cuando con frecuencia puedan aparecer unidas o añadidas: la retribución de los Administradores como órgano social con la que a las mismas personas pueda corresponder por razón de otro tipo de relación jurídica con la sociedad, por lo general de prestación de servicios o de obra. La primera requiere previsión estatutaria con la importante limitación de que cuando no consista en una participación en beneficios compete a la Junta general en exclusiva el fijar su importe para cada ejercicio, en tanto que la segunda se enmarca dentro del ámbito de la libre contratación, sin más límites que los impuestos por el artículo 67 de la Ley al exigir acuerdo de la misma Junta para establecer o modificar la relación de la que derive.

El hecho de que la cuantía de la retribución en el segundo caso, como parte del contrato de que forme parte, requiera acuerdo de la Junta no puede significar que vincule al mismo órgano social a la hora de fijar la primera, pues la causa de cada una de ellas es diferente, de suerte que puede existir la una sin la otra y la extinción de cualquiera de ellas no tiene por qué llevar necesariamente a la extinción de la otra. Aquella libertad de la Junta tampoco puede limitarse estatutariamente, como parece alegar la recurrente, a pretexto de exigencias del régimen de cotización a la Seguridad Social o pretendidas imposiciones de la legislación laboral, donde, por cierto, ambas aparecen diferenciadas, la orgánica para excluirla de su ámbito de aplicación [artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores] y la de tipo contractual para sujetarla a su régimen, aunque

con las peculiaridades que en el caso de implicar el desempeño de funciones de alta dirección, calificada de especial [artículo 2.1.a) del mismo Estatuto] resultan del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

c) Las pensiones o complemento de pensiones abonadas a los miembros de los órganos de administración jubilados tienen la consideración de gasto deducible en el impuesto sobre sociedades:

- Consulta de la Dirección General de Tributos de 24 de octubre de 1997 2223/97:

#### DESCRIPCION SUCINTA DE LOS HECHOS:

La entidad consultante retribuye a sus administradores, según se fija en sus estatutos, mediante una asignación en concepto de dieta por asistencia a reuniones del consejo cuya cuantía se fija cada año por la Junta de Accionistas. Asimismo, en su día la Junta General acordó el reconocimiento de un complemento de pensión vitalicio en la jubilación de los consejeros que hubieran ostentado el cargo durante 15 años y desempeñado puestos ejecutivos en la sociedad durante 20 años.

En 1997, el Consejo de Administración acordó la concesión de la pensión, al reunir los requisitos necesarios para ello, al Presidente del mismo y accionista mayoritario.

#### CUESTION PLANTEADA:

Deducibilidad de la pensión acordada.

#### CONTESTACIÓN:

El apartado 3 del artículo 10 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, establece que "en el régimen de estimación directa la base imponible se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas".

De acuerdo con lo anterior, y a la vista de los antecedentes aportados, cabe concluir que en la medida en que constituya un gasto contabilizado, tal y como exige el artículo 19.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, las partidas destinadas a los referidos complementos de pensión serán gasto fiscalmente deducible, excepto que la contrapartida sea una provisión o fondo interno para la cobertura de contingencias idénticas o análogas a las que son objeto de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones, lo que no parece ser el caso en el supuesto planteado, desprendiéndose de los antecedentes de hecho que el complemento de pensión será abonado al administrador o consejero jubilado.

No obstante, es preciso poner de manifiesto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 43/1995, la Administración podrá valorar por su valor normal de mercado las operaciones efectuadas entre una sociedad y sus socios, consejeros o administradores.

**4.2.1.3 Jubilación de los miembros de órganos directivos:** Si se desea fijar la edad a partir de la cual se abandonarán los cargos ejecutivos y responsabilidades en órganos mercantiles de gobierno de las empresas familiares.

**4.2.1.4 Sucesión en los cargos ejecutivos y órganos directivos de las empresas:** En caso de ser precisa la sustitución de los miembros de la familia que participen con cargos o responsabilidades en órganos mercantiles de representación o gobierno en las empresas familiares, la familia presentará, o designará si tiene capacidad para ello, a un sólo candidato para cada puesto o cargo a sustituir. Posible baremo de méritos a tal efecto.

Es claro en este terreno que todas las previsiones sobre sistemas de nombramiento han de respetar el cauce normativo estatutario y mercantil del derecho de sociedades. En contra de cuyas previsiones, nada pueden las menciones protocolarias.

**4.2.1.5 Incompatibilidades:** Al margen de las previstas en la legislación mercantil, pueden pactarse compromisos de no concurrencia con la actividad de las empresas familiares de parte de las personas que desempeñen tareas o trabajos en tales empresas, posibilitando, alternativamente, la salida de las empresas familiares de las personas con ofertas de trabajo u oportunidades externas que el grupo familiar no pudiera igualar.

Las incompatibilidades legales (58 LSRL y 124 LSA) generalmente pueden entenderse como materia de orden público no disponible. Pero existen cauces para establecer un principio de no concurrencia, por ejemplo, en los administradores sociales (65 LSRL y 132 y 133 LSA).

a) No puede introducirse la prohibición de ser administrador a quien adquiera la condición de socio en procedimiento ejecutivo:

- D.G.R.N. 8 de julio de 1999:

La segunda de las cuestiones planteadas en el recurso se refiere a la prohibición, contenida en el artículo 26 de los Estatutos, para ser administrador de quien ostente la condición de socio por adquisición de participaciones derivada de un procedimiento de ejecución forzosa, o quien promueva contra un socio un procedimiento o reclamación de estas características.

La Ley establece unas prohibiciones taxativas para ser administrador en su artículo 58.3, y salvo ellas, debe entenderse que los socios ostentan plena libertad, siempre que queden a salvo sus derechos inderogables o las normas de carácter imperativo, para configurar los requisitos que deben reunir los administradores de la sociedad, tanto

por la vía positiva de exigir en ellos determinadas características personales, como podrían ser, por ejemplo, el poseer una determinada participación en el capital social, una edad mínima o máxima, una concreta calificación profesional, la condición de socio o no, etc., como por la negativa de prohibir el acceso al cargo a las personas en quienes concurran unas determinadas características.

Ahora bien, aunque pudiera considerarse que una cláusula de este tipo no constituye una discriminación entre los socios, ni vulnera el principio de igualdad de derechos consagrado en el artículo 5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada desde el momento en que al no exigirse la condición de socio para ser administrador, la posibilidad de serlo no constituye un derecho inderogable de aquéllos, si que supone coartar el ejercicio legítimo de un derecho, la actuación del principio de responsabilidad patrimonial universal frente a los deudores (artículo 1911 del Código Civil). Afecta a terceros desde el momento en que implica una minoración del valor de los bienes a realizar ante la amenaza de discriminación que el rematante va a experimentar en su posición de socio frente a los demás, y perjudica al socio acreedor de otro, que hasta entonces podía acceder al cargo de administrador o estar de hecho ostentándolo, que se verá privado de esa posibilidad por el solo hecho de pretender la efectividad de un crédito del que es titular.

Y en este sentido ha de ratificarse el criterio del Registrador de tenerla por contraria al orden público, que suponen una acotación negativa del ámbito de la autonomía de la voluntad conforme al artículo 1255 del Código Civil.

#### *4.2.1.6 Duración del cargo de administrador:*

Es conocida la previsión en la materia de la Legislación de sociedades anónimas (cinco años máximo), y de sociedades de responsabilidad limitada (indefinida salvo previsión estatutaria). Esta es una materia sensible sobre la que conviene decidir según el interés de la familia.

a) No obstante debe subrayarse que, en el caso de sociedades de responsabilidad limitada no es preciso hacer designación estatutaria del término de duración del cargo de administrador que se entiende indefinido por defecto. Pero tampoco puede delegarse en la Junta General la decisión del plazo de duración en cada nombramiento:

- D.G.R.N. 18 de septiembre de 1999:

En cuanto al primero, se establece que "serán nombrados por la Junta General por el plazo que determine la propia Junta General, incluso por tiempo indefinido, e indefinidamente reelegibles". El rechazo de la Registradora a su inscripción por entender que queda indeterminado el plazo de duración del ejercicio del cargo ha de confirmarse. El artículo 60.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sienta como regla general que la duración del cargo es por tiempo indefinido, al punto de hacer innecesaria una previsión estatutaria sobre el particular. Ahora bien, dentro del margen conferido a la autonomía de la voluntad, la misma norma excepciona el caso de que "los estatutos establezcan un plazo determinado", en cuyo caso admite la reelección una o más veces

"por períodos de igual duración". Claramente resulta de la norma que la excepción a la regla general ha de hacerse a través de una determinación concreta en los propios estatutos de cual sea el plazo de duración, sin que resulte admisible una delegación en favor de la propia Junta General para concretar aquél con ocasión de cada nombramiento, a salvo siempre la posibilidad de acordar la separación de los administradores en ejercicio del cargo por la mayoría precisa, que en este caso los mismos estatutos fijan en la mayoría del capital social, o acordar una modificación estatutaria con el acuerdo de la mayoría necesaria para ello.

*4.2.1.7 Problema de calificación jurídica de los contratos de trabajo en la empresa familiar: aplicación o no de la presunción de laboralidad.*

En principio no puede afirmarse la existencia de relación familiar entre las sociedades familiares y sus trabajadores. Pero la cuantía del porcentaje de participación de los familiares del trabajador o la teoría del levantamiento del velo pueden eliminar la presunción de laboralidad, como en los contratos entre familiares personas físicas.

a) El marido de la administradora única la cual detenta un 35% de participación en el capital de la entidad empleadora, tiene a su favor la presunción de laboralidad:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000:

Como señalábamos en la sentencia citada de contraste el artículo 7.2 del actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece que "a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo". Evidentemente **esta presunción no opera cuando el empresario es una persona jurídica con la que es legalmente imposible una relación de parentesco. Para poder aplicar esta presunción en éstos supuestos sería necesario resolver sobre lo que ha venido en llamarse doctrina del levantamiento del velo y analizar las relaciones económicas efectivas que subyacen bajo la fórmula societaria.** Por otra parte, la presunción de éste artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, concordante con el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores, es una presunción iuris tantum, que se destruye por la práctica de prueba en contrario. Esta doctrina es la que se consagra en la sentencia invocada de contraste, reiterando anteriores pronunciamientos de la Sala en las sentencias de 25 de noviembre de 1.997, 14 de junio y 19 de octubre de 1.994 y del Tribunal Constitucional, sentencia 79/1991 y 2/1992. En el caso de autos, como señala el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, el demandante estaba dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, percibió durante cuatro meses la prestación de desempleo durante la suspensión de su contrato de trabajo, obrando en el procedimiento recibidos de salario e informe de la Seguridad Social sobre periodos de alta. Por otra parte **la esposa del actor tiene una participación del 35%, que no alcanza por tanto el 50%, hoy establecido, para entender que tiene el control de la sociedad. No existe dato alguno del que pueda estimarse que viva a cos-**

**ta de su esposa.** Por todo ello, se ha de estimar el recurso al haber cometido la sentencia infringida las infracciones que se le imputan y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el de esta clase y consiguiientemente la demanda, condenando al Instituto Nacional de Empleo a que abone al actor la pertinente prestación contributiva de desempleo en la cuantía, duración, y demás términos y condiciones que legalmente correspondan.

b) En cambio, la condición de Administrador de la entidad contratante, aun sin un porcentaje de participación significativo en el capital, puede determinar la inexistencia de laboralidad en las relaciones de trabajo:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000:

En relación con supuestos semejantes al que aquí se ha planteado, existe una doctrina reiterada de esta Sala que, en resumen viene a señalar lo siguiente:

a) El elemento determinante del derecho a percibir prestaciones por desempleo lo da el tener una relación de trabajo dependiente con la empresa, de forma que si esa circunstancia concurre, carece de trascendencia la circunstancia de ser titular de un porcentaje minoritario de la entidad capitalista, o la de ser **familiar** de los socios mayoritarios. Así puede apreciarse en sentencias como las siguientes en las que se concedieron al interesado las prestaciones por desempleo: STS 14-VI-1994 (Rec.- 3493/93) - trabajador con el 10 % de participación, con el resto de socios **familiares** del interesado, pero con trabajo dependiente de un Jefe de Administración -; STS 19-X-1994 (Rec.- 3050/94) - trabajador con un 20% del capital, y el resto sus padres, desarrollando un trabajo ajeno por completo a la Administración de la Sociedad -; STS 14-IV-97 (Rec.- 2723/96) - socio fundador de una SL con un 20 % del capital, en la que trabajaba como oficial, y no en la administración -; STS 25-XI-1997 (Rec.- 771/97) - trabajador ordinario al servicio de una SA, titular del 10% del capital, y del resto sus padres -; STS 9-XII-1997 (Rec.- 1048/97) - trabajador de una SA en la que su madre es socio mayoritario y su esposa Administradora única -; STS 22-XII- 1997 (Rec.- 571/97) - trabajadora al servicio de una SA cuando su esposo es titular del 50 por 100 de las acciones-; STS 18-III-1998 (Rec.- 2361/97) - trabajador, socio de una SA con un 12,5 de participación en el capital, y cuyos padres son titulares del resto - STS 5-X-1998 (Rec.- 300/98) - trabajador que es titular del 33% del capital, y Secretario del Consejo de Administración sin facultades de dirección ni administración-. En todas ellas se parte de un trabajador que prestó servicios laborales para la entidad y era por lo tanto trabajador por cuenta ajena, de donde dedujeron que se hallaba protegido por las previsiones legales en materia de desempleo, que prevalece sobre la titularidad de un pequeño paquete de acciones o de un parentesco con los verdaderos titulares de la entidad, entendiéndose por otra parte que el hecho de prestar un trabajo remunerado impide, por ello solo, considerar la relación como **familiar** (aunque esa relación **familiar** concurriera), de conformidad con lo que dispone al respecto el art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores.

b) En contraposición con dicha previsión, se ha mantenido que no genera derecho a prestaciones quien presta servicios para la empresa exclusivamente como Administrador, cualquiera que sea su participación en el capital social, pues en tal supuesto se con-

sidera que la condición de Administrador, aunque su encuadramiento adecuado a efectos de otras percepciones de la Seguridad Social haya de ser el Régimen General, no genera derecho a prestaciones por desempleo, por tener con la Sociedad una relación que no es estrictamente la de trabajador por cuenta ajena sino una relación de naturaleza mercantil prevalente que impide considerar las rentas del mismo como salariales a los efectos de la percepción de prestaciones por desempleo. Así puede apreciarse la doctrina de la Sala en STS 14-V-1997 (Rec.- 1143/96) - dictada en Sala General, y las que en ellas se citan -, y también STS 26-V-1997 (Rec.- 1434/96), - en cuyas dos sentencias se dan las razones por las que, a pesar de hallarse incardinada dos los Administradores Sociales dentro del campo de aplicación del Régimen General, no deben considerarse beneficiarios de las prestaciones por desempleo-, razones que se concretan en las siguientes: "Es incuestionable que la prestación por desempleo está incluida en el ámbito protector del Régimen General de la Seguridad Social, pero de ello no cabe deducir que toda persona incardinada en este ámbito goza de tal beneficio. La prestación de desempleo tiene por objeto cubrir el riesgo de la pérdida de empleo, o más exactamente el riesgo de la pérdida de las rentas de trabajo que el cese en el empleo conlleva; y siendo esta la cobertura básica de esta prestación, es lógico que la misma se reconozca tan sólo a los trabajadores comprendidos en el radio de acción del Derecho Laboral, sin perjuicio de que también pueda aplicarse, por mandato expreso de la ley, a ciertas situaciones que no están incluidas en este radio de acción; pero esas especiales situaciones no tienen nada que ver con los administradores societarios. Los caracteres que configuran la condición de estos administradores, tanto en el aspecto interno de su relación con la entidad para la que actúan, como desde el punto de vista de la estructura social en que se incardinan, así como los perfiles que delimitan el nexo jurídico que les une con tal compañía, hacen incompatible su relación profesional con los fines y objetivos, e incluso con la propia razón de ser, de la prestación por desempleo. Los referidos administradores sociales no es que se limiten a ostentar un determinado cargo directivo de la empresa de que se trate, es que en ellos se encarna y hace realidad el poder de dirección de la compañía; son el órgano societario en el que, por disposición legal, se asientan las facultades rectoras o de mando, ejecutivas y gestoras que son propias de la misma. La remuneración que los administradores perciben no es un salario, como destaca precisamente la mencionada sentencia de 29 de Enero de 1997, y siendo esto así no parece que pueda cumplirse la finalidad esencial de la prestación comentada de cubrir la pérdida de las rentas salariales. Por otro lado, reconocer el derecho a la prestación de desempleo a personas en las que se reside el poder de mando y dirección de las sociedades, es abrir una amplia brecha en la que se dificulta en gran medida el control que sobre el correcto reconocimiento y la gestión de la prestación ha de efectuar la entidad gestora; y ello precisamente, en un tipo de prestación en el que, por desgracia, los niveles de fraude son particularmente elevados".

4. A la hora de aplicar la doctrina antes expuesta a la situación del demandante nos encontramos con la siguiente circunstancia:

a) El actor fue Administrador único de la entidad si bien a la vez figuraba en nómina como Director técnico;

b) La sentencia recurrida, le atribuye la condición de trabajador por cuenta ajena, apoyándose para ello de forma sustancial en la circunstancia concreta de que constaba en el Expediente de Regulación de Empleo como tal, y bajo el argumento de que si el interesado figura como trabajador por cuenta ajena en un expediente autorizado por la Autoridad Laboral no cabe que con posterioridad el INEM diga lo contrario, apoyándose en doctrina de esta Sala en el mismo sentido mantenida en SSTs de 19-X-1994 (Rec.-3050/94) o 18-III-1998 (Rec.- 2361/97) que consideran como presunción a favor de la laboralidad de la relación el hecho de que el empleado en cuestión haya sido incluido en la lista de un expediente de regulación de empleo aprobado por la Autoridad Laboral.

Hay que decir que la tesis sobre la que sustenta la sentencia recurrida la consideración de trabajador por cuenta ajena del demandante, en concreto la referida al hecho de que figurara en el "expediente de regulación de empleo" carece en la actualidad de toda consistencia si se tiene en cuenta que aquella doctrina según la cual el hecho de figurar en un expediente de regulación de empleo constituía una presunción de laboralidad únicamente destruida por prueba en contrario, ha quedado totalmente arrumbada a partir de la STS de 4-XI-1999 (Rec.- 3630), en la que la Sala ha reconsiderado la situación para llegar a la conclusión contraria, o sea, a la de que el hecho de figurar en un expediente de aquella naturaleza no prejuzga en modo alguno la real calificación de la naturaleza jurídica de la relación, al decir que: "hay que revisar el criterio al que se refirió incidentalmente la sentencia de esta Sala de 19 de octubre de 1.994 y luego las sentencias de 14 de abril de 1.997 y 18 de marzo de 1.998 y que no debería considerarse esencial en orden a la decisión, pues en todas estas sentencias se trataba de personas que habían prestado servicios retribuidos por cuenta de una sociedad capitalista con una participación minoritaria en el capital y sin desempeñar cargos de administración social. En primer lugar, hay que aclarar que la gestión de la prestación de desempleo de la Seguridad Social corresponde por imperativo de la Ley al Instituto Nacional de Empleo (artículo 226 de la Ley General de la Seguridad Social), entidad con personalidad jurídica propia y distinta de la Administración estatal o autonómica, y ese organismo es el único competente para el reconocimiento del derecho y, por tanto, para pronunciarse sobre la existencia de la situación legal de desempleo, como requisito necesario para causar derecho a la correspondiente prestación, aparte de que en el presente caso no se discute propiamente esa situación, sino el carácter de la relación entre el actor y la empresa "B., S.A." El artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social, al igual que el anterior artículo 6 de la Ley 31/1984, no atribuye a la Administración laboral la declaración de la situación legal de desempleo, sino que se limita a establecer que existe una situación legal de desempleo cuando "la relación laboral se extinga ...en virtud de expediente de regulación de empleo" y el artículo 1.1.a) del Real Decreto 625/1985, en la redacción del Real Decreto 43/1996, prevé que la situación legal de desempleo "se acreditará por resolución de la autoridad laboral competente dictada en expediente de regulación de empleo". Es cierto que en la redacción anterior de este precepto se establecía que la resolución de la autoridad laboral declaraba la situación legal de desempleo. Pero tal previsión, que ya no rige en la actualidad, no se ajusta a los artículos 6.1.1.a) y 21 de la Ley 31/1984 y, por tanto, su aplicación debe excluirse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Administración laboral no puede declarar la situación de desempleo, porque, aparte de las razones ya señaladas, esa situación no surge con la autorización administrativa, sino con la comunicación empresarial de cese, que podría no producirse o, al menos demorarse." Razón por la cual el argumento utilizado en la sentencia para reconocer al actor la condición de trabajador por cuenta ajena con derecho a prestaciones por desempleo desaparece.

**5. El hecho de que el demandante fuera Administrador de una Sociedad, no se ensombrece por el hecho de que figurara en nómina como Director Técnico cuando esta denominación no se ha acreditado en ningún momento que se correspondiera con la realidad de un trabajo dependiente. Por lo que a todos los efectos, la condición real del demandante es la de Administrador único de la SA demandada y por lo tanto, debe de quedar fuera del grupo de los trabajadores por cuenta ajena** protegidos por las prestaciones de desempleo, de conformidad con toda la argumentación jurídica que se contiene en las sentencias antes citadas y que se da aquí por reproducida. Sin que sea en modo alguno determinante de ese derecho el que el encuadramiento de estos Administradores con capital social minoritario sea en el Régimen General, como también se dice en aquellas resoluciones.

#### *4.3 Gestión común de la propiedad empresarial:*

##### **4.3.1 Acuerdos de sindicación de votos de las acciones o participaciones propiedad de la Familia:**

Los órganos del protocolo, en todos los asuntos de relevancia para la vida y futuro de las empresas familiares, promoverán la adopción de acuerdos previos en el seno del protocolo para adoptar una posición unitaria de todos los socios con derecho a voto miembros de la familia.

Se trata de acuerdos con la finalidad de ejercer todos o alguno de los derechos de socio (especialmente los minoritarios). Como es el caso de la solicitud de Junta General, ejercer el derecho de representación proporcional, ejercer la acción social de responsabilidad, exigir la presencia de notario para levantar acta de la Junta, nombramiento de auditor, derecho a la asistencia a Juntas, etc.

Ejemplo característico de un pacto de sindicación son los acuerdos de concesión de mutuo derecho de tanteo en operaciones de venta de acciones:

a) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1980 que estipula su obligatoriedad incluso para regular la legitimación para recurrir, decidiendo que no la tiene el socio, cuando se pactó que la legitimada fuese la propia sociedad:

... celebrando el 7 de mayo de 1948 los socios fundadores, únicos accionistas de la entidad, un convenio de sindicación, en cuyo pacto segundo se dice que el que desee vender acciones deberá ofrecer la compra al otro u otros accionistas por el precio ofertado, a través de conducto notarial, añadiéndose en el pacto cuarto que la venta

efectuada sin cumplir dicho requisito, era ineficaz; correspondiendo únicamente a la Junta General, la facultad de instar la ineficacia; convenio que fue declarado subsistente por el Laudo arbitral de 22 de junio de 1961, consiguiendo a un compromiso de arbitraje (de 24 de marzo de 1960) con el que los dos hermanos quisieron poner fin a divergencias surgidas y a lo largo de cuya tramitación falleció sin testamento, uno de ellos, Enrique, heredando las acciones del mismo sus hijos ..., entre los que figuran los actuales litigantes; más tarde y concretamente el 24 de julio de 1970, el socio fundador sobrevivientes, es decir, Mauricio, vendió a su sobrino Enrique, ahora recurrente, por medio del Banco Comercial Transatlántico de Valencia, 680 acciones de la Compañía, por el precio de 2100 ptas cada una, con un conseguiente importe de 1528000 ptas y además el 31 de diciembre de 1971 suscribió con el mismo un compromiso de venta de otras 900 que después se resistió a cumplir, motivando un pleito que terminó en casación con sentencia de esta Sala de 15 de abril de 1975 en que se reconoció la validez del pacto y la conseguiente obligación de su cumplimiento.

b) Resolución de la D.G.R.N. de fecha 20 de junio de 1992 que estima inaplicable el pacto de sindicación a las acciones al portador por exigencia legal de su naturaleza nominativa, cuando el acuerdo integra limitación a la transmisibilidad:

el artículo 5 de los Estatutos sociales establece a favor de los accionistas un derecho de adquisición preferente en todo caso de transmisión intervivos e incluso mortis causa (salvo que herede la esposa o hijos del socio fallecido) de acciones de la serie B, siendo las acciones de la serie A de libre disposición ...

En el supuesto del presente recurso se procede a aumentar el capital social en cierta cantidad, mediante la emisión de 6320 acciones al portador de la serie B, de igual valor nominal que las preexistentes, y numeradas correlativamente del 120.002 al 126.320. Asimismo se procede a modificar el artículo estatutario relativo al capital social, estableciendo en él que "todas las acciones estarán comprendidas en dos series denominadas "A" y "B", respectivamente, y a excepción de lo que se determinara en el artículo siguiente, todas las acciones tendrán iguales derechos y obligaciones para sus poseedores legítimos. La serie A comprende las acciones 2 a 7500, ambas inclusive", y la B, las acciones 7.501 a 126.320 ambas inclusive. En el artículo siguiente al núm. 5, al que antes se alude se establece un pacto de sindicación.

SEGUNDO.-- Es pues, evidente la pretensión de la sociedad de que las nuevas acciones al portador emitidas quedan sujetas al pacto de sindicación mencionado; sin embargo ello no puede aceptarse. Sin prejuzgar ahora sobre la eventual vigencia respecto de las acciones preexistentes de este art. núm. 5 de los estatutos originarios, en tanto se concluye el plazo de adaptación previsto en la disp. trans. 3ª T.R. de la Ley de sociedades anónimas, es lo cierto que la creación de las nuevas acciones cuestionadas es una actuación que cae de lleno bajo el imperio de dicho texto (vid. su disposición derogatoria) y, por tanto, queda inequívocamente sujeta al mandato contenido en su art. 52, cuyos categóricos términos eximen de la necesidad de adicionales consideraciones.

#### **4.3.2 Promoción de la continuidad generacional en la participación. Derechos de preferente adquisición. Opciones a favor de familiares de socios o a favor de los socios restantes, con respeto de los derechos de los herederos y familiares a percibir el valor real:**

Los órganos del protocolo favorecerán y promoverán la adopción de acuerdos que posibiliten en todo momento que la titularidad de las acciones o participaciones no salga del grupo familiar, salvo decisión mayoritaria al efecto. Por lo mismo, en el caso de que algún miembro de la familia se viere precisado del apoyo financiero o jurídico del resto para mantener la titularidad de las acciones o participaciones, se promoverán las actuaciones precisas para llevar a término el apoyo necesario, incluida la adquisición de las acciones o participaciones por las propias empresas o por el grupo familiar. (Salvando las limitaciones y prohibiciones legales en materia de negocios sobre las propias acciones o participaciones o de las sociedades dominantes).

a) El derecho de preferente adquisición en las transmisiones de acciones o participaciones incluye su aplicación en casos de aportaciones sociales u operaciones societarias:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999:

El carácter traslativo de la aportación está proclamado con insistencia por esta Sala en numerosas sentencias. Cabe destacar entre ellas las siguientes: Ss. de 19-11-1970; 2-4-1990; 12-6-1883; 23-2-1884; 11-11-1970; 3-12-1981 y 13-2-1982.

Reconocido el vigor traslativo de las aportaciones a otros entes sociales, es preciso concluir que se ha infringido el art. 6º de los estatutos de "J., S.A.", al no notificar previamente a los administradores el propósito de transmitir, ya que este artículo impone al socio que se proponga transmitir "intervivos" (empleando la palabra transmisión en sentido amplio, que abarca todas las formas de enajenación, incluidas las aportaciones) una o más acciones a personas a persona que no sea poseedor de títulos de la misma serie el deber de comunicarlo por escrito dirigido al Consejo de Administración.

b) El derecho de tanteo no procede contra el acuerdo social de autorización para ulterior venta aún no formalizada:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 1999:

El acuerdo adoptado por la Junta General de 17 de Junio de 1992 fue del siguiente tenor: "Autorizar la venta o aportación de las participaciones pertenecientes a D. Eduardo y la "Comunidad Hereditaria L." a la entidad "O., S.A.", cuya literalidad no permite conceptuarle cual manifiesta expresión de un propósito inmediato e incondicional de la transmisión de las referidas participaciones, sino, más bien, cual propósito de obtener esa autorización para el caso de proceder a una transmisión de las participaciones, en un futuro más o menos próximo, y esto así, no puede menos de significar la imposibilidad de equiparar tal supuesto fáctico al contemplado en el artículo 20 de la Ley

sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, en cuanto que dicho precepto - substancialmente idéntico al del artículo 7 de los Estatutos sociales - viene a regular la contingencia que se produce cuando un socio manifiesta su propósito firme de transmitir sus participaciones, propósito que deberá comunicarlo por escrito a los administradores de la sociedad para que estos actúen en consecuencia

c) En la configuración del derecho de tanteo puede discriminarse entre parientes consanguíneos (libertad de transmisión), y afines (tanteo):

- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999:

Al redactar la cláusula estatutaria aquí impugnada, por la que no se somete a restricción alguna la libre transmisión de acciones en favor del cónyuge del accionista o de sus parientes consanguíneos, en línea directa o colateral, hasta el cuarto grado inclusive, la Junta General actuó plenamente conforme a derecho, dentro de los límites de su propia competencia, al no existir precepto legal alguno que le obligue a extender también dicha excepción a los parientes del accionista, por parentesco de afinidad, que es, en definitiva, lo que con este motivo, sorprendentemente, viene a pretender la recurrente.

d) En las sociedades anónimas las restricciones a la transmisibilidad de las acciones nominativas tienen plazo de *vacatio* de tres meses desde la publicación en el BORME para los accionistas que se opusieran al acuerdo:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1996:

En los primitivos Estatutos se establecía también un derecho de tanteo, limitativo a la libre transmisibilidad de las acciones, que el texto de la Ley de 1.951 no circunscribía a las acciones nominativas como hace en la actualidad el art. 63; la valoración de las acciones se decía que debía efectuarse por un censor jurado de cuentas, "elegido por mutuo acuerdo o por sorteo", pero en el acuerdo modificativo se cambia la redacción y se establece, "que la valoración la hará un auditor de cuentas designado por la Junta General". Esta nueva forma de efectuar la designación del auditor encargado de fijar el precio de las acciones, puede producir recelos en el accionista minoritario, que está en inferioridad en la Junta general, y que por tanto no puede intervenir en la designación de la persona encargada de valorar imperativamente la venta de su patrimonio; sin que se puedan poner como ejemplo analógico los artículos 64,68, 147, etc de la Ley, pues en todos ellos, después de citarse al auditor de cuentas de la sociedad, y para el caso de que esta no estuviera obligada a la verificación de las cuentas anuales, encarga al Registrador Mercantil del domicilio social la designación de un nuevo auditor. Esta intervención de un tercero imparcial, evita el riesgo de que el grupo mayoritario de accionistas (sobre todo en las sociedades familiares de pequeño número de participantes) pueda imponer su criterio en la designación del arbitrador. Íntimamente ligados con esta auténtica modificación, que introduce un cambio sensible en los supuestos que contemplaba el Estatuto anterior al acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria, está la concesión del plazo de "*vacatio*" que autoriza para estos su-

puestos el art. 146 de la Ley; plazo que resulta obligado conceder a la demandante, pues, como se ha argumentado, se ha condicionado de algún modo la transmisibilidad de sus acciones, primero al convertirlas en nominativas, aunque este cambio no suponga la imposición de una restricción que ya existía, pero sí que supone restricción la adoptada forma de designar la persona del tercero, encargado de fijar el precio de la venta de las acciones.

Al entender correcta la concesión de este plazo a la recurrente, procede la estimación de los motivos cuarto y quinto del recurso, en los que se plantea esta cuestión y se pide su declaración; resultando obligada la casación de la sentencia recurrida en este único punto; es decir, modificándola en el concreto extremo de declarar aplicable lo dispuesto en el art. 146 de la L. S. A. actualmente vigente, en cuanto al no sometimiento de la Sra. demandante al acuerdo en el que se restringe la transmisibilidad de sus acciones durante el plazo de tres meses, contados desde la publicación de tal acuerdo en el B. O. del R. Mercantil; y todo ello sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas de este recurso. (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

e) Es válida la renuncia de todos los socios expresada en Junta General al ejercicio del derecho de adquisición preferente, lo que conlleva la inaplicación del procedimiento legal de enajenación:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1991:

El motivo tercero, por el cauce del núm. 5 art. 1692, acusa a la sentencia de infringir el art. 20 L 17 julio 1953, que establece el procedimiento de venta de las participaciones sociales. Razona el motivo que el vendedor no formuló oferta por escrito y que no se respetaron los plazos del tanteo ni la adquisición preferente, pero el motivo decae porque cuando paladinamente se manifiesta que no se quiere ni comprar ni vender y así se hace constar en la reunión universal, resultan estériles e innecesarios los procedimientos previstos en la ley para evitar que las participaciones pasen a personas extrañas, y no es exigible su cumplimiento.

Que no es exigible respetar los plazos cuanto los demás socios o han comprado, como en el caso de autos, o han manifestado su voluntad contraria a la adquisición, es consecuencia natural del carácter de derecho renunciable y, admitido esto, no es posible que prospere tampoco el motivo cuarto del recurso, donde se invoca el art. 6 CC como norma conculcada. Si la renuncia no va contra el interés ni el orden públicos ni perjudica a terceros, obvio es decir que no cabe apreciar violación del precepto citado.

f) Inexistencia de perjuicio a las minorías en la oferta pública de venta de acciones aprobada por la mayoría absoluta:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1989:

No mejor fortuna habrá de alcanzar el motivo segundo, en el que, con apoyo en el ordinal 5 art. 1692 LEC, se denuncia infracción de los arts. 135, 142 y 143 Ley de socie-

dades anónimas, en relación con los arts. 6.4, 7.2, 1256 y 1449 CC y los arts. 27 Rgto. de bolsas y 3 RD 279/1984 de 25 enero alegando que los acuerdos adoptados en la junta de 29 noviembre 1986, en relación con los aprobados en la de 22 octubre, dejaron sin posibilidad de control a las minorías y facilitaron una absorción anómala, sin garantías para los accionistas minoritarios, del "Banco E., S.A." por el "Banco A.", motivo que igualmente habrá de ser rechazado, no solo porque en modo alguno puede apreciarse la infracción denunciada de los preceptos de la Ley de sociedades anónimas, toda vez que lo producido en el supuesto de autos fue un oferta pública de compra de acciones, realizada con el voto conforme de una mayoría absoluta de la sociedad, sino también porque no se aprecia la existencia de fraude legal alguno, sin perjuicio de que la operación, que no obligaba a los accionistas que, como el actor, no quisieran consumir la venta, pudiera entenderse, además, que les produjera un perjuicio directo, ni a ellos mismos ni menos aún a la sociedad, lo que, unido al hecho de que ni se acredita la conculcación de los preceptos administrativos relativos al Reglamento de las bolsas ni los mismos resultan, por su carácter de tales, aptos para fundar en ellos un recurso de casación por infracción de ley, nos lleva a la necesaria conclusión de la desestimación expresa de este segundo motivo

g) El derecho de adquisición preferente puede atribuirse por grupos, de acciones e incluso de participaciones sociales de forma que sólo en el caso de no ejercicio de este derecho por los miembros de un grupo, se reconozca este derecho a los miembros del otro grupo:

- D.G.R.N. 1 de octubre de 1993:

Ciertamente, la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, no es lo suficientemente explícita como para amparar una solución incontestable; si, por una parte, la no previsión -a diferencia de lo que ocurre en la sociedad Anónima- de la posibilidad de establecer distintas clases de participaciones, o de crear participaciones privilegiadas, o participaciones sin voto, así como el silencio guardado respecto a la posibilidad de limitar el número de votos a emitir por un socio, o de condicionar ese mismo derecho -o el de asistencia a las juntas- a la titularidad de un determinado número de participaciones, parecen contrariar la posición del recurrente, existen también importantes consideraciones en su favor. En primer lugar, que la exigencia de igualdad proclamada en el art. 1 LSRL se formula a propósito de la división del capital social, por lo que bien puede entenderse aquélla conectada al aspecto cuantitativo de igualdad de valor. En segundo lugar, que la misma ley ampara una hipótesis que puede envolver diferencias cualitativas en la posición jurídica de cada socio, aun teniendo idéntico número de participaciones sociales, cual es la del establecimiento de prestaciones accesorias a cargo de alguno de ellos (vid. art. 10), cuando tales prestaciones no se configuran como personalísimas del socio sino como accesorias de la participación social, a modo de obligación "propter rem" (posibilidad esta, avalada por el art. 174.10 Rgto. del Registro mercantil en relación con el 127 del mismo texto reglamentario).

Si lo anterior se añade al amplio juego que la Ley de sociedades de responsabilidad limitada reconoce a la autonomía de la voluntad en la configuración del régimen jurídico de

este tipo social (vid. su art. 20.3), reconocimiento que se reitera de modo específico en el ámbito mismo de la transmisión de las participaciones sociales (vid. su art. 20.3), deberá concluirse en la admisibilidad de una cláusula como la ahora cuestionada que no presenta características contrarias a los límites generales de la libertad de estipulación (vid. art. 1255 CC), ni a los principios configuradores de un tipo social como el de la limitada en el que coexisten rasgos propios de las sociedades personalistas y otros propios de las capitalistas. En efecto, esta cláusula tiene como objetivo primordial (además del típico de las restricciones a la transmisibilidad de las participaciones sociales, cual es, el de impedir que voluntariamente puedan entrar en la sociedad tercerías extrañas a ella), el de mantener un equilibrio de poder dentro de la sociedad entre dos grupos de socios, buscando el que la respectiva participación en el capital social no se altere a consecuencia de la transmisión de las integradas en cada uno de ellos, y ello mediante la atribución de un derecho que ni es exclusivo de unos socios, pues dentro de su respectivo grupo de participaciones, -y recordemos que ambos grupos son iguales-, todos lo ostentan, ni perjudicial para nadie, pues su atribución preferente a los unos no determina una alteración de su participación en el capital social para los otros.

h) Los actos de trascendencia real sobre acciones e incluso sobre participaciones sociales no tienen acceso al registro mercantil, por lo que, al margen de las previsiones estatutarias, las limitaciones a la facultad de disponer deben anotarse en los libros registros oportunos:

- D.G.R.N. 11 de octubre de 1999:

SEGUNDO.- Nuestro Registro Mercantil, regido por el criterio del "numerus clausus" en cuanto a la materia susceptible de inscripción (artículos 16 y 22 del Código de Comercio, y 94 y 175 del Reglamento del Registro Mercantil), no tiene por objeto respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, la constatación y protección sustantiva del tráfico jurídico sobre las participaciones en que se divide el capital social de aquéllas, sino la de la estructura y régimen de funcionamiento de tales entidades. Tras la reforma operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, y salvo en el momento inicial de la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada y en caso de unipersonalidad sobrevinida o de cambio de socio único -confróntese artículos 175.1.1.o y 203.2 del Reglamento del Registro Mercantil-, la titularidad de las participaciones sociales fluye al margen del Registro Mercantil, de suerte que no sólo no será posible la constatación tabular de la prohibición judicial de disponer de que se trata, sino que, además, tal consignación carecería de sentido al no añadir protección adicional a la prohibición; las participaciones sociales tienen un régimen de legitimación y una Ley de circulación que opera al margen del Registro Mercantil, y a ello deberá adaptarse la prohibición para que pueda ser plenamente eficaz, sin que pueda pretenderse que, por el solo reflejo tabular, queden alteradas las reglas sobre su tráfico o las de legitimación para el ejercicio de los derechos sociales ("vid." las Resoluciones de 27 y 28 de diciembre de 1990).

i) Es posible establecer un derecho de adquisición preferente para la sociedad o los socios sobrevivientes, en caso de transmisiones mortis causa, sin perjudicar el derecho de los herederos a percibir el valor real de sus participaciones:

- D.G.R.N. 18 de abril de 2000:

El 26 de enero de 1998, ante el Notario de Valencia D. Miguel García-Granero Márquez, se otorgó escritura pública mediante la cual se elevaron a público, además de otros acuerdos sociales, el de adaptación de los estatutos de la sociedad "E., S.L." a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En el artículo 7 de dichos estatutos se expresa lo siguiente: "Transmisión de las participaciones sociales.- ... C) Transmisión mortis causa.-La adquisición por sucesión hereditaria de participaciones sociales confiere al heredero o legatario la condición de socio, si bien deberá comunicar a la Sociedad la adquisición hereditaria. No obstante lo anterior, los socios sobrevivientes tendrán derecho a adquirir, en proporción a su respectiva participación si fueren varios los interesados, las participaciones del socio fallecido para lo que deberán abonar al contado, al adquirente hereditario, el valor real de las mismas al momento del fallecimiento, determinado conforme a lo dispuesto en la Ley. Dicho derecho deberá ser ejercido en el plazo de tres meses desde la comunicación a la Sociedad de la adquisición hereditaria".

... El defecto carece, a todas luces, de fundamento. En nuestro sistema legal, la transmisibilidad "inter vivos" de participaciones sociales es esencialmente limitada, de modo que la transmisión de las mismas está sujeta a las restricciones establecidas por disposición legal o estatutaria (con las salvedades prevenidas en la misma Ley -cfr. artículos 29, 30 y 31-).

En cambio, tratándose de transmisión "mortis causa", el principio general es el de libertad -la adquisición de alguna participación "confiere al heredero o legatario la condición de socio", ex artículo 32.1-, si bien se permite que los estatutos establezcan en favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido -artículo 32.2-, de suerte que se respeta el fenómeno sucesorio, dejando a la autonomía de la voluntad de los socios la posibilidad de introducir restricciones estatutarias que no entorpezcan la adquisición de las participaciones por fallecimiento de un socio ni la vida de la sociedad. Así, al establecer la Ley que la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria atribuye al heredero o legatario la condición de socio, respeta los principios de la transmisión "mortis causa" en nuestro ordenamiento (se adquiere la participación social del causante desde el momento mismo de su fallecimiento, conforme a los artículos 657, 659, 661, 881, 882, 989 y concordantes del Código Civil), de suerte que el derecho de adquisición que los estatutos pueden atribuir a los socios sobrevivientes -según el artículo 32.2, sin que deba prejuzgarse ahora sobre la admisibilidad de otras posibles configuraciones estatutarias respecto del destino de tales participaciones- actuará "a posteriori", a modo de rescate mediante el pago del valor real de aquéllas. Se trata, en definitiva, de un sistema semejante al prevenido en el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas -según el cual, para rechazar la inscripción de la transmisión "mortis causa" de acciones en el libro registro de acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse ella misma a adquirirlas por su valor real.

#### 4.3.3 Acuerdos sobre valoración de las acciones o participaciones sociales:

Con la periodicidad que se considere necesaria, y al menos una vez al año, por los órganos del protocolo se efectuará un valoración consensuada de las acciones o participaciones en las empresas familiares. En esta valoración se tendrán en cuenta los estados contables, las reservas tácitas inherentes a las diferencias entre los valores contables de los bienes y derechos y obligaciones que integran el patrimonio de las empresas, y su valor de mercado, más el valor del fondo de comercio atribuible a cada empresa, todos los cuales valores se entienden referidos al último balance cerrado antes del correspondiente acuerdo de valoración. Tales valores tendrán relevancia hasta la formulación de la siguiente valoración, y serán tenidos en cuenta en las liquidaciones de participaciones que hubieran de realizarse por operaciones de separación de socios, compraventa de acciones o participaciones entre el grupo familiar, y adquisiciones de acciones o participaciones por las propias empresas familiares.

a) ¿Puede pensarse en crear a este efecto un órgano concreto designado estatutariamente que tenga como misión efectuar estas valoraciones? Si el órgano está integrado por otros socios, o forma parte de la misma sociedad, creo que no. La doctrina de la D.G.R.N., aún reconociendo cierta operatividad del principio de autonomía de la voluntad requiere imparcialidad:

- D.G.R.N. 13 de noviembre de 1991:

PRIMERO.-- En el presente recurso se debate en torno a la inscripción de determinada cláusula contenida en la escritura de constitución de una sociedad limitada, por la que se dispone que "en caso de ejercicio del derecho de tanteo que se ha establecido en favor de los socios y de la sociedad, el precio de venta de las participaciones será el que fije para este exclusivo fin, la Junta general de socios, cada año para el siguiente, al mismo tiempo de aprobarse el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, sobre la base del precio objetivo que resulte conforme a dicho balance. Si la Junta general no hubiera fijado el precio en la forma establecida en el párrafo anterior, se fijará con arreglo a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada.

SEGUNDO.-- El derecho de la sociedad y de los socios a impedir la entrada de nuevos miembros no deseados no puede producirse en detrimento del no menos legítimo derecho del socio que pretende desprenderse de su condición, a obtener el valor real de su participación social, y si bien se admite la estipulación por la cual, una vez que dicho socio haya manifestado su decisión de vender, deba pasar por un precio distinto del por él pretendido, han de rechazarse todos aquellos sistemas de tasación que no respondan de modo patente e inequívoco a las exigencias legales de imparcialidad y objetividad (cfr. arts. 1447 a 1449 CC, 147, 149 y 225 de la Ley de sociedades anónimas y 20 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada) y garanticen debidamente la adecuación de sus resultados al verdadero valor del bien justipreciado.

TERCERO.-- Por ello, la atribución a la propia sociedad del cometido de fijar el precio al que ha de sujetarse el ejercicio del derecho de tanteo, aun cuando deba hacerlo sobre la base del precio objetivo que resulte conforme al balance, no puede satisfacer estas exigencias de objetividad e imparcialidad (no puede desconocerse que el mero valor contable no se corresponde necesariamente con el valor real de las participaciones sociales, sino que deben tenerse en cuenta también las repercusiones cuantitativas de ciertos elementos inmateriales generalmente no contabilizados, así como la actualización de los valores de algunas partidas, y ello presupone una actuación independiente y ecuánime; además, debe destacarse que el sistema de tasación acordado priva de toda relevancia a las eventuales variaciones en el valor de las participaciones que acontezcan entre la decisión de la Junta y su aplicación), y no sólo en las hipótesis en que sea ella misma quien ejercite el derecho de tanteo (que contraría abiertamente las previsiones legales recogidas en los arts. 1256 y 1449 CC), sino también en aquellos otros en que el ejercicio de este derecho corresponde a los demás socios, pues en definitiva la fijación del precio se encomienda, no a un tercero totalmente ajeno a los interesados en la transmisión (como ocurre en las hipótesis recogidas en los artículos, antes citados, de la Ley de sociedades anónimas y de la Ley de sociedades de responsabilidades limitadas), sino a un acuerdo mayoritario de los socios en cuya formación ha podido intervenir decisivamente, bien la parte ahora compradora, bien la vendedora.

b) Pero no puede obviarse el derecho de cada socio a la integridad real de su participación, no admitiéndose la valoración meramente contable:

- D.G.R.N. 7 de junio de 1994:

PRIMERO.-- En el presente recurso se cuestiona si es o no inscribible la cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada según la cual, para el supuesto de que se ejercite el derecho preferente de compra que se atribuye a los socios y a la sociedad, en caso de que alguno de aquéllos pretenda transmitir sus participaciones sociales, el valor de éstas, en caso de discrepancia, será fijado por 3 peritos, de acuerdo con el balance de la sociedad.

SEGUNDO.-- El derecho de la sociedad y de los socios a impedir el ingreso de nuevos miembros no deseados no puede ser reconocido en detrimento del no menos legítimo derecho del socio a obtener el valor real de las participaciones sociales que pretende enajenar, por lo que, según la doctrina de esta Dirección general (cfr. Las resoluciones citadas en los Vistos), no son inscribibles las cláusulas estatutarias que para el ejercicio del derecho de adquisición preferente fijen como precio el mero valor contable, sin tener en cuenta también la indudable relevancia económica de los elementos inmateriales como la clientela y las expectativas y, en general, el denominado fondo de comercio, así como la actualización de los valores de algunas partidas.

c) Posibilidad de establecer cláusulas penales para el caso de no formalizarse la venta de acciones o participaciones:

- D.G.R.N. 6 de junio de 1992: penalización por demora por causa imputable al vendedor con decisión judicial o arbitral previa que garantiza el derecho a percibir el valor real de la participación

En el supuesto del presente recurso se debate en torno a la inscripción en el Registro mercantil, de una cláusula de los estatutos de determinada sociedad limitada, por la que, para el caso de ejercicio por alguno de los socios del derecho de tanteo, que se prevé si alguno de ellos pretende transmitir sus participaciones, se establece que "si por causas imputables al socio que pretende realizar la enajenación no se formalizase voluntariamente la misma y fuese necesario acudir a un procedimiento judicial o arbitral de los que resulte laudo o sentencia condenatoria del mismo, el precio de la enajenación en favor de los socios que ejerciten el derecho de adquisición preferente, será el equivalente al 80% del precio o valor señalado en la oferta, o del valor real de las participaciones sociales objeto del mismo, según cual sea por el que hubiese optado, con reducción por lo tanto del 20% de aquél en concepto de indemnización".

El registrador deniega la inscripción por entender que esta cláusula infringe el derecho del socio transmitente a obtener el valor real de sus participaciones.

SEGUNDO.-- Si se tiene en cuenta:

a) El imperativo legal de formalización en documento público de la transmisión de participaciones en una sociedad limitada (cfr. art. 20 párrafo final, Ley de sociedades de responsabilidad limitada) y la consiguiente obligación del socio que pretende transmitir de proceder al oportuno otorgamiento, una vez aceptada su proposición y fijado el precio de la transmisión (cfr. art. 1279 CC).

b) Que la previsión estatutaria debatida se limita a establecer -dentro de su ámbito específico, como norma rectora de las relaciones de los socios entre sí y con la sociedad, y al amparo del principio de la autonomía de voluntad reconocido en los arts. 1255 CC y 7.10 LSRL-, una simple pena para el caso de que el socio enajenante no cumpla voluntaria y oportunamente su obligación documentadora, y que además, se desenvolverá conjuntamente con el cumplimiento de la obligación principal (cfr. arts. 1152 y 1153 CC).

c) que la pena sólo podrá hacerse efectiva cuando resulte legalmente exigible (cfr. arts. 1104, 1105 y 1152.2 CC).

d) que queda a salvo la facultad moderadora del Juez (art. 1254 CC); no puede mantenerse el defecto impugnado.

La previa decisión judicial o arbitral que el desenvolvimiento práctico de la cláusula debatida presupone para la aplicación de la pena, garantiza suficientemente el derecho del socio enajenante a obtener el valor real de sus participaciones, pues sólo se verá éste reducido en caso de negativa infundada (a juicio del árbitro o tribunal) al cumplimiento del compromiso documentador asumido, ya como otorgante del negocio fun-

dacional, ya como adquirente posterior de las participaciones sociales (adquisición que lleva inherente la adhesión a la normativa rectora de la sociedad en que se integra y consiguientemente, la adquisición de los derechos y asunción de las obligaciones en ella previstos -vid art. 48 LSA-).

d) No lesiona el interés del socio en recibir el valor real de su participación la existencia de un posible aplazamiento con interés y plazo de mercado:

- D.G.R.N. 23 de mayo de 1998:

El día 14 de febrero de 1995, mediante escritura otorgada ante el Notario de Pontevedra, don César Cunqueiro González-Seco, se constituyó la sociedad "D., S.L.". En los Estatutos de la sociedad se establece:

"Artículo 14. Pago del precio. El importe de la venta se satisfará al vendedor en dinero efectivo y en el plazo de un mes, como máximo, contado a partir de la fecha de la venta, abonándole además los intereses usuales en el tráfico.

... SEGUNDO.- El derecho de la sociedad y de los socios a impedir el ingreso en ella de nuevos miembros no pueden ser reconocido en detrimento del no menos legítimo derecho del socio a obtener el valor real de las participaciones que pretende enajenar, por lo que, según el artículo 123.6 -al que se remite el artículo 174.11- del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, no son inscribibles las restricciones estatutarias que impidan al socio obtener dicho valor real. Esta norma reglamentaria únicamente veda el acceso registral a todas aquellas cláusulas estatutarias cuyo contenido constituya una dificultad objetiva que de modo prácticamente insalvable prive al socio del valor real de sus participaciones.

En los casos en que la cantidad aplazada devenga intereses a un tipo notoriamente inferior al usual o de mercado se impide al socio percibir el valor real de sus participaciones (así, para supuestas de transmisión "mortis causa" de participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo y 5 de octubre de 1984). Por ella, como señala la Resolución de 20 de agosto de 1993, una disposición así únicamente puede ser pactada por las partes en cada caso concreto, en el ámbito de la autonomía de la voluntad "ex" artículo 1.255 del Código Civil y no puede constituir contenido de normas de eficacia "erga omnes" como son las estatutarias (debe advertirse, además, que en la fijación de los intereses de mercado se toma en consideración el riesgo que implica la dilación del pago, y de ahí la referencia a éste riesgo que hace la mencionada Resolución).

Desde este punto de vista cuantitativo, ningún reparo cabe oponer a la cláusula cuestionada en el presente recurso.

Sin embargo, debe ahora elucidarse si es compatible con un pretendido derecho del socio a la obtención inmediata del valor real de sus participaciones. Es cierto que,

en vía de principio, no puede imponerse a los socios dilaciones a la hora de realizar el valor patrimonial de sus participaciones (cfr., respecto del reembolso del valor de la participación del socio excluido y del que ejercite el derecho de separación, el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989 y artículo 101 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Pero es igualmente cierto que una aplicación excesivamente rigurosa de este principio puede dejar desprovisto el interés social a que responde la limitación legal y estatutaria de la transmisibilidad de las participaciones sociales (así podría ocurrir en casos en los cuales sea cuantioso el número de participaciones por adquirir -cfr. los artículos 123.5 del citado Reglamento de 1989 y 30.2 de la Ley de 1995, que impiden un ejercicio parcial, impuesto al socio, del derecho de adquisición preferente- e insuficiente la liquidez de los titulares del derecho de preferencia). Por ello, y siempre que no exista una norma legal que imponga el pago al contado (cfr., para las transmisiones "mortis causa", el artículo 32.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada), no deben ser rechazadas aquellas cláusulas de aplazamiento que no contradigan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada y resulten compatibles con la razonable composición de ambos intereses (cfr. artículo 225 del Código de Comercio y la Resolución de 4 de julio de 1995), como sucede con la ahora debatida, que, además, se caracteriza por la moderación del plazo fijado, sin que deba ahora decidirse, por no haberse cuestionado en la nota de calificación, si en dicha cláusula se ha determinado o no suficientemente el tipo de interés aplicable en caso de aplazamiento del pago del precio de la transmisión.

#### **4.3.4 Prestaciones accesorias:**

Los arts. 9.I), 36, 53.1.f), 65 y 145.2 de la LSA y los arts. 22 a 25 de la LSRL prevén la regulación estatutaria de la obligación de realizar, a cargo de todos o alguno de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su contenido concreto y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución.

Siendo esta una materia relevante para planificar la gestión de las sociedades familiares, habrá de ponderarse su aplicación en cada caso.

a) No puede imponerse por la vía de la prestación accesorias una obligación de aportación suplementaria en metálico cuando lo decida la Junta en función de la tesorería de la entidad:

- D.G.R.N. 24 de junio de 1998:

El día 8 de enero de 1997, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid, don José Luis Crespo Romeu, se constituyó la sociedad "C., S.L.". En los Estatutos sociales se establece: Artículo 6º Prestaciones accesorias. Aportaciones supletorias. Todos los socios tendrán la obligación de realizar prestaciones accesorias a la sociedad en los términos establecidos por el presente artículo.

1. Presupuesto.—Será requisito previo para que surja la obligación de realizar la prestación el acuerdo de la Junta General, que decide materializar la exigencia, determinando su cuantía, dentro de los límites que se dirán y el plazo para su cumplimiento. El acuerdo de la Junta, requerirá la mayoría ordinaria a que se refiere el artículo 53.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

2. Finalidad.—La finalidad de la prestación la constituye cubrir las necesidades de Tesorería y liquidez de la sociedad, con objeto de poder atender a las diferentes obligaciones de pago de cantidades, asumidas en el desenvolvimiento de los negocios sociales, a sus puntuales vencimientos.

3. Contenido de la prestación.—Consistirá en realizar aportaciones suplementarias a la de capital, que no integrará ni alterará la cifra nominal de éste. Las aportaciones deberán realizarse en efectivo metálico.

4. Determinación de la prestación de cada socio.—El importe que la Junta general acuerde se distribuirá entre todas las participaciones sociales a prorrata de su respectivo valor nominal. Cada socio deberá entregar a la sociedad la suma de las cantidades que corresponda a las participaciones sociales de que sea titular. El límite máximo a que asciende el importe de esta prestación accesorio para cada socio es el que resulte de multiplicar por veinte el valor nominal de las participaciones sociales de que sea titular.

5. Vigencia de la prestación accesorio.—La obligación de realizar la prestación es indefinida, mientras no se extinga la personalidad jurídica de la sociedad. El reintegro parcial o total, por parte de la sociedad respecto de las prestaciones efectuadas no extingue la obligación de realizar nuevas prestaciones si así lo acuerdan de nuevo la Junta general, ya que el límite cuantitativo de la prestación a que alude el apartado 4 anterior es instantáneo y opera como cifra absoluta máxima, que en un determinado momento deba haber aportado el socio, sumando todas las cantidades no reintegradas por la sociedad en esa fecha.

6. Retribución.—Las prestaciones accesorias a que se refiere el presente artículo no serán retribuidas por la sociedad mediante el pago de intereses ni de ninguna otra retribución. Tampoco alcanza a estas prestaciones la presunción de retribución por cesión de capitales a precio de mercado, ya que su exigibilidad es accesorio de otra obligación principal, la de aportación a capital social, que no puede ser retribuida por virtud de lo dispuesto en los principios configuradores de este tipo social.

7. Reintegro.—Las cantidades entregadas a la sociedad por los socios en cumplimiento de su obligación de prestación accesorio deberán serles restituidas, previo acuerdo de la Junta general, con los mismos requisitos que para acordar su exigibilidad, una vez que la Tesorería y liquidez en efectivo determine sobrante suficiente para ello y después de cubiertas las previsiones de otros pagos a que estuviere obligada la sociedad. Los reintegros podrán ser parciales.

8. Régimen.—El régimen aplicable a las prestaciones, en primer lugar, será el determinado en el presente artículo y, en lo no previsto en él, en lo regulado supletoriamente por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Artículo 7º 1. Será libre la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos inter vivos entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. Artículo 9º Régimen de la transmisión mortis causa. La adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio. No existe derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido en favor de los sobrevivientes.

... La cláusula estatutaria cuestionada, tal como se ha configurado, no puede ser admitida; por una parte, frente al claro mandato legal de que la obligatoriedad de la prestación debe resultar de la propia norma estatutaria (cfr. artículo 22 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, cuyo tenor literal no puede ser más categórico: En los Estatutos podrán establecerse...

La cláusula cuestionada se limita a atribuir a la Junta una facultad de establecer dichas prestaciones, de modo que, en tanto no recaiga el acuerdo en tal sentido, no existirá la obligación (así lo dice textualmente la cláusula enjuiciada: Será requisito previo para que surja la obligación de realizar prestaciones accesorias...); por otra, se vulnera, igualmente, la exigencia legal de determinación estatutaria precisa del contenido de tal obligación (... su contenido concreto y determinado..., dice el mismo artículo 22 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) tanto en el aspecto cuantitativo (sin que en este punto pueda ser suficiente la especificación de un máximo) como -dadas las características del caso debatido- en su dimensión temporal, al no determinarse su duración (dato éste que cobra mayor relieve si se tiene en cuenta la duración indefinida de la sociedad). Se produce, en fin, una clara conculcación de la más amplia exigencia jurídica contenida en los artículos 1.115, 1.256 y 1.449 del Código Civil, en cuanto el nacimiento de la obligación va a depender en exclusiva de la voluntad de la entidad que devendría así acreedora.

TERCERO.—No puede hablarse, por tanto, del establecimiento estatutario de una auténtica prestación accesorio, sino de una previsión del negocio constitutivo (que, por su integración en los Estatutos, vinculará no sólo a los propios otorgantes sino a los sucesivos socios) en cuya virtud se acepta una relativa indeterminación -aunque dentro de ciertos límites- en su contenido, en cuanto no se delimita de modo completo la posición individual del socio, remitiendo al órgano social soberano la competencia para su desarrollo, lo cual, sobre contradecir abiertamente la exigencia de determinación de los contratos (cfr. artículos 1.273, 1.447 y siguientes del Código Civil, 12, 3, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), vulnera los propios principios configuradores de la sociedad limitada, toda vez que:

a) Dificulta extraordinariamente la transmisibilidad de las participaciones sociales, creando en la práctica una vinculación inscindible e indefinida del socio a la sociedad, dada la exigencia de autorización de la sociedad para transmitir las participaciones so-

ciales que llevan aneja una prestación accesorio (cfr. artículo 24 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), y, sobre todo, la persistencia de tal obligación mientras subsista la sociedad -por la que se ha pactado, además, una duración indefinida- y la improbable existencia de personas dispuestas a adquirir unas participaciones que pueden comportar un desembolso potencial de hasta veinte veces su valor nominal.

b) Se persigue, bien el atender a previsibles hipótesis de infracapitalización, eludiendo las exigencias inherentes a una mayor cifra de capital, que podría ser precisa para el adecuado desenvolvimiento el objeto social (piénsese en que el reparto de beneficios tendría un límite superior; en caso de quiebra, los acreedores no podrían exigir la verificación de estas prestaciones accesorias, etc.), bien para escapar a una posible causa de disolución por pérdidas [cfr. artículo 104, c), de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada] imponiendo a todos los socios la reposición del patrimonio social (en caso de aumento de capital no sería obligatoria la suscripción de las nuevas participaciones), y todo ello sin que ni siquiera los socios, individualmente, puedan confiar en que el patrimonio, efectivamente destinado a la realización del objeto social, sea el que en cualquier momento puede exigírseles.

#### **4.3.5 Penalizaciones en las separaciones voluntarias de sociedades familiares:**

No es prudente pensar en cláusulas penales que lesionen el derecho de cada socio a percibir el valor real de su participación en las sociedades, para en el caso de separación de la sociedad, salvo en casos de incumplimiento previo de obligaciones sociales.

Pero hemos visto que son legítimos, salvo casos de abuso, los pactos de no concurrencia que pueden formalizarse perfectamente entre las partes afectadas. Y este tipo de pactos puede resultar adecuado para dificultar las salidas voluntarias del ámbito empresarial familiar.

#### **4.3.6 Relación con los órganos mercantiles de gestión de la empresa familiar:**

En el caso de que el núcleo de la familia controle de forma efectiva el consejo de administración de la empresa, debe darse entrada en el mismo a profesionales independientes como asesores. En otro caso pueden promoverse actuaciones tendentes a incrementar el control mediante las correspondientes modificaciones estatutarias.

Una posibilidad a tener en cuenta es introducir el sistema de representación proporcional en el órgano de administración colegiado previsto en el artículo 137 LSA, mediante la correspondiente agrupación de acciones hasta alcanzar un grado de participación en el capital igual al resultado de dividir este capital entre el número de miembros del Consejo.

a) Este mismo sistema de representación proporcional puede aplicarse en las sociedades de responsabilidad limitada:

- D.G.R.N. 17 de marzo de 1995:

PRIMERO.—Revocado por el Registrador el primero de los defectos de su nota de calificación, la única cuestión que ha de resolverse ahora es si puede establecerse en los Estatutos de una sociedad limitada, una cláusula en cuya virtud "la titularidad del 25% del capital social dará derecho a nombrar un miembro del Consejo de Administración. No obstante, en el supuesto de que cualquiera de los socios pasara a ostentar más del 50% del capital social tendrá derecho a designar tres de los cuatro miembros del Consejo. En caso de que para la designación del cuarto miembro del Consejo hubiere dos o más socios que detentasen una participación sobre el capital social inferior al 26%, deberán elegirlo de mutuo acuerdo. En caso de no obtenerse acuerdo, procederá la agrupación de las participaciones correspondiendo la elección del cuarto miembro del Consejo a aquella agrupación con mayor valor nominal de capital social. En el supuesto de que las agrupaciones ostentaran idéntico valor nominal, la preferencia entre ellas para efectuar el nombramiento se decidirá mediante sorteo".

SEGUNDO.—Si se tiene en cuenta: a) la elasticidad que preside el régimen legal de las sociedades de responsabilidad limitada, de suerte que, como dice la exposición de motivos de su ley reguladora, se permite a los interesados hacer uso, en amplia medida, de la libertad de pactos, siempre que ésta no se traduzca en una violación directa o indirecta de los postulados esenciales del tipo, lo que ya a nivel normativo se manifiesta en la admisión de los pactos lícitos y condiciones especiales que no se opongan a lo dispuesto en la propia ley (art. 7,10), o a sus principios configuradores (art. 174,14 Rgto. del Registro Mercantil) y, especialmente, en la libertad de configuración del procedimiento de formación de la voluntad social (vid. arts. 7,9 y 14,3 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; b) la aplicación subsidiaria a la sociedad de responsabilidad limitada, del régimen previsto en la LSA respecto al órgano de administración, en la medida que no se contradiga lo establecido en la propia Ley de 1963 (vid art. 11 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); c) que no existe ningún precepto que de forma expresa se oponga a la aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada del sistema de representación proporcional previsto en el art. 137 LSA; d) que tampoco existe incompatibilidad alguna entre dicho sistema y la "específica naturaleza" de la sociedad limitada, pues aquél únicamente supone el reflejo en el órgano colegiado de administración del concreto modo de reparto del capital social, sin que ello vulnere, antes al contrario, refuerza el principio de igualdad de las participaciones sociales al mejorar la posición de las minorías a la hora de participar en la gestión social; deberá concluirse en la improcedencia del defecto ahora discutido. Cuestión distinta es que admitida esta posibilidad, la complejidad de tal procedimiento de elección requiera para su viabilidad un adecuado desarrollo -determinación de las vacantes a las que se puede aplicar, momento de la agrupación de participaciones, tiempo por el que se mantiene, identificación y modo de constatar qué participaciones son las agrupadas, posibilidad de nombramiento de suplentes, exclusión del derecho de cooptación, etc.-, sin que sea suficiente con establecerla sin más, y si en este caso concreto el régimen previsto satisface suficientemente tal exigencia, cuestión en la que no procede entrar al no haberse planteado en el recurso (art. 68 Rgto. del Registro Mercantil).

#### **4.3.7 Derecho de información:**

Potenciación de los órganos del protocolo como fuentes de información sobre la empresa familiar, al margen y con independencia de los derechos de información reconocidos en la legislación mercantil, que deberá tener carácter abundante y suficiente, sin perjudicar el interés de la empresa, para potenciar el interés y la cohesión del grupo familiar en la empresa.

Una ventaja de la constancia de esta información y constante anuencia de los familiares puede estar en la dificultad posterior de que alguno de estos últimos pueda ejercitar acciones de daños y perjuicios contra los administradores sociales:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2000 que inadmite la acción de daños y perjuicios en sociedad familiar desarrollada a espaldas de la normativa con consentimiento de todos los socios:

La conducta de los administradores demandados no hay duda de que es contraria a los arts. 127 y 133.1 L.S.A., pero las sentencias de instancia resaltan la peculiaridad que la sociedad demandada junto con ellos había vivido jurídicamente de espaldas a aquellas normas con consentimiento, anuencia y beneplácito de todos los socios por ser una sociedad anónima familiar. Una vez que se producen disenciones personales entre los socios y familiares es cuando se originan también los litigios, unos por la vía penal y otros por la vía civil, que en el fondo tienen como causa en pretender encauzar retroactivamente, desde la fundación de la sociedad, la vida misma, como si no hubiese ocurrido nada hasta la promoción de los pleitos.

#### **4.3.8 Derechos de suscripción preferente:**

En los aumentos de capital será aconsejable su respeto escrupuloso en beneficio de la pervivencia de la empresa familiar. Aunque no pueden descartarse circunstancias que aconsejen su eliminación puntual, para favorecer, por ejemplo, supuestos de reorganización empresarial en el grupo familiar, singularmente en casos de aportaciones no dinerarias.

a) Renuncia de derechos: En caso de existencia de este derecho, debe extremarse el cuidado para no incurrir, en caso de renuncia, en supuestos de donaciones sujetas a liquidación que impone el criterio jurisprudencial:

- Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1998, y de 22 de octubre de 1998: extractamos la primera:

Es, por tanto, forzoso concluir que estamos en presencia de derechos subjetivos patrimoniales, con valoración propia, cuya renuncia es perfectamente lícita, bien se haga gratuitamente, bien por precio.

Aunque no toda renuncia supone una donación, pues es perfectamente concebible una renuncia no traslativa de derechos, es lo cierto que en el caso presente, según consta en el acta de la Junta General antes mencionada de 30 de junio de 1982, la ma-

nifestación de voluntad de D. Juan es la de que "renuncia en este acto al derecho de suscripción preferente, que acrece a los otros dos accionistas, que lo ejercitan, suscribiendo las nuevas acciones por mitad".

Una mínima valoración de la prueba que ello supone conduce a las mismas conclusiones a que llegó la Hacienda Foral, es decir, que estamos en presencia de un negocio simulado –la renuncia–, que encubre otro disimulado –la donación–, encaminado a provocar un desplazamiento patrimonial gratuito en favor de los donatarios, es decir, de los hijos en el caso presente (circunstancia parental que no tiene por qué ser decisiva) concurriendo en definitiva los requisitos que exigen los artículos 618,623 y 630 del Código Civil. En consecuencia, y no habiéndose impugnado por el sujeto pasivo la valoración de la base imponible recogida en la liquidación, procede estimar el recurso, no sin antes precisar que en dicha liquidación se contempla otra base imponible de 24.400.000 ptas., que responde a otra donación de 1220 acciones, de las que fue titular don Juan Uriarte Celaya y que fueron donadas al apelado con fecha 27 de octubre de 1982, que no fue objeto del presente recurso de apelación.

b) Calificación del derecho en caso de usufructo: ganancia atribuible al usufructuario o derecho del socio nudo propietario, salvo disposición en contrario de los estatutos:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1994: En los aumentos de capital con cargo a operaciones de actualización no existen ganancias atribuibles al usufructuario sino derecho del socio nudo propietario:

El tercer motivo denuncia infracción "del art. 41 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 julio 1951 (vigente en la fecha de autos) en relación con el art. 39,2 del mismo texto legal". Conviene recordar ahora que la sentencia impugnada además de interpretar el contenido de la carta de 2 enero 1978 en el sentido expuesto, entendió que se había producido un reparto de ganancias sociales obtenido durante el período del usufructo, en los que la usufructuaria tendría derecho a participar, por lo que, en aplicación del art. 41 LSA, correspondería a D<sup>a</sup> Aurora, hoy sus herederos, la titularidad de las nuevas acciones, aunque restrinja su declaración a la mitad de ellas en aplicación de lo pactado, mas lo cierto es que la consideración como "ganancias sociales" de las operaciones resultantes de las operaciones realizadas por el "Banco V." para preparar su fusión con el "Banco B." en modo alguno pueden merecer aquella consideración, sino que se produjeron con cargo a la "Actualización Ley de Presupuestos 1983", cuyo resultado no es equiparable a un reparto de ganancias, pues la "actualización" no procede, en rigor, del beneficio (informe pericial, f. 654 de los autos) ni sus consecuencias lo implican, de donde se sigue -en aplicación del art. 41 antes citado cuando dispone que "en el caso de usufructo de acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los Estatutos, al nudo propietario de las acciones"- que

el citado precepto, en relación con el art. 39,2 que confiere al titular de la acción el derecho preferente de suscripción de nuevas acciones, se infringió en la sentencia impugnada al declarar que las 1923 acciones de que se trata debían repartirse por mitad entre la usufructuaria y el nudo propietario, por lo que ha de acogerse el motivo estudiado.

#### **4.3.8 Previsiones estatutarias sobre las adjudicaciones futuras en caso de disoluciones de las entidades familiares:**

En determinados casos puede ser útil el establecer previsiones estatutarias sobre la forma en que se llevará a cabo la adjudicación del haber social resultante de la disolución y liquidación de la entidad, de forma que, con el respeto al principio de integridad de la participación de cada socio, se regule previamente la adjudicación de determinados bienes sociales a favor de determinados socios o la restitución de las aportaciones no dinerarias efectuadas en su día, todos ellos estimados por su valor real en el momento de la disolución (119 LSRL, 226,227 LSA)..

Puede plantearse igualmente la utilidad de disposiciones testamentarias ordenando la constitución de sociedad entre los herederos. Pero señalando expresamente las participaciones a suscribir por cada uno o por cada estirpe, etc. Para evitar problemas de interpretación de la voluntad del testador en relación con el principio genérico de igualdad de partes, que se aplica supletoriamente.

#### **4.3.9 Previsión estatutaria del arbitraje como método de resolución no exclusivo de conflictos societarios:**

Aunque no puede definirse el arbitraje como medida para evitar la judicialización de los conflictos de manera radical, puesto que esto entrañaría una negación del derecho a la defensa, sí puede pensarse en el método arbitral para solucionar las cuestiones o problemas de libre disposición de los contratantes societarios:

- D.G.R.N. de 19 de febrero de 1998:

PRIMERO.- Por escritura autorizada el 28 de noviembre de 1995 por el Notario de Terrassa don Alfredo Arbona Casp, se constituyó la compañía mercantil "J., S.L." (Sociedad Unipersonal). Dentro de las normas estatutarias por las que habría de regirse la sociedad, se encuentran las siguientes:

Artículo 22: Todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la sociedad y sus Administradores o socios, o entre aquéllos y éstos, o estos últimos entre sí, se someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Terrassa, de l'Associació per l'Arbitratge de Terrassa, encomendando al mismo la designación de árbitros y administración del arbitraje, de acuerdo con su Reglamento, cuya decisión arbitral será de obligado cumplimiento. Se exceptúan de esta sumisión aquellas cuestiones que no sean de libre disposición.

...El último de los defectos de la nota deniega la inscripción de la norma en que se sujeta a arbitraje la solución de determinados conflictos sociales.

El primer argumento, base de la negativa a su inscripción total, es la falta de idoneidad de una norma de tal naturaleza como fuente de un convenio arbitral, en cuanto no puede vincular a terceros que no hayan sido parte en el contrato. Sin necesidad de entrar en la vieja polémica sobre la distinción entre contrato o negocio constitutivo de la sociedad y Estatutos, o sobre la naturaleza jurídica del primero, ha de aceptarse que los Estatutos, en cuanto conjunto de reglas llamadas a regir la organización y el funcionamiento de la sociedad, tienen su origen en la voluntad unilateral o plurilateral de los fundadores que son los llamados a integrar su contenido en la propia escritura de constitución [artículo 12.1.c) de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada]. Ese negocio constitutivo puede contener un convenio arbitral accesorio para la resolución de controversias derivadas de los pactos de carácter estrictamente contractual, al que tan sólo quedarán sujetos los propios contratantes y frente al que el futuro socio sería ajeno. Pero puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como lo puedan ser las restricciones a la transmisión de participaciones sociales, la obligación de realizar prestaciones accesorias, el régimen de separación y tantas otras que en la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos. Un pacto compromisorio extrasocial o no inscrito vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos, pero, si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria. No puede, por último, desconocerse que en un supuesto con evidentes analogías, el de los conflictos entre las cooperativas y sus miembros, la sumisión estatutaria a arbitraje aparece expresamente prevista por el legislador [artículo 163.1.b) de la Ley de Cooperativas de 2 de abril de 1987].

Con carácter subsidiario se rechaza la inscripción de la misma regla por indeterminación de su objeto, lo que pudiera implicar la sumisión a arbitraje de materias que no son de libre disposición. Una concreción como la pretendida por el Registrador se torna excesiva, pues el determinar qué concretas controversias se han de entender sujetas y cuáles excluidas del arbitraje supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo unos u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas. Por otra parte, no parece que todas las cuestiones que el Registrador considera de necesaria exclusión tengan necesariamente que serlo: Los Administradores, aunque no ostenten la condición de socios, no por ello son terceros desvinculados del régimen estatutario en su relación orgánica con la sociedad, pues si así fuera tampoco podrían invocar en su favor los derechos que, como puede ser la retribución, les reconocieran; la acción para exigirles responsabilidad es en gran medida renunciabile (artículo 69 LSRL, en relación con el 134 de la LSA) y la irrenunciabilidad a la responsabilidad derivada del dolo (ar-

título 1.102 del Código Civil) no es lo mismo que la renuncia a un procedimiento para su exigencia; finalmente, la exclusividad de la vía judicial para la impugnación de los acuerdos sociales, si bien goza de un reiterado respaldo jurisprudencial (cfr. SSTs de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 15 de octubre de 1971, 21 de mayo de 1970), está pendiente de confirmación tras las últimas reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, y hoy día es doctrinalmente cuestionada en base a diversos argumentos.

#### *4.4 Planificación de la empresa familiar:*

##### **4.4.1 Definición de la estrategia de la empresa familiar a corto y medio y largo plazo:**

- Objetivos de producción.
- Objetivos de comercialización y distribución.
- Objetivos de financiación.
- Objetivos de Investigación y Desarrollo.
- Objetivos de incorporación de nuevas tecnologías.
- Objetivos de internacionalización empresarial.
- Objetivos relacionados con la estructura del capital social : nivel de autofinanciación, clases de acciones, grupos de participaciones, etc.
- Política de reparto de dividendos.

En principio la legislación contempla la regla de reparto proporcional a las participaciones en el capital social (85 LSRL, 215 LSA), pero en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada se permite disposición en contra de los estatutos (85 LSRL), y en la Ley de sociedades anónimas se regulan las acciones privilegiadas (50 LSA), y los derechos preferentes de las acciones sin voto (91 LSA). Estas posibilidades de reparto asimétrico deben ser oportunamente valoradas.

Pero ha de tenerse en cuenta que las modificaciones estatutarias que afectan al régimen del socio necesitan unanimidad para su aprobación:

- D.G.R.N. 21 de mayo de 1999:

Entre esos derechos esenciales, que podrán ser afectados por el acuerdo de modificación estatutaria, se halla, sin duda, el derecho al dividendo acordado (confróntense los artículos 5 y 85 de la Ley), por lo que la creación de privilegios respecto del mismo no podrá llevarse a cabo sin el consentimiento de todos los socios afectados que, según ha quedado expuesto, se traduce necesariamente en el de todos los socios. A esta conclusión no puede objetarse que prive de contenido al principio mayoritario

en la modificación de Estatutos (pues aquélla no implica que cualquier alteración indirecta de la posición jurídica de los socios requiera el consentimiento individual de los mismos -por ejemplo, no será necesario éste para cambiar el régimen de retribución de los Administradores de gratuito a retribuido, por más que tal modificación comporte una reducción del beneficio distribuible-), ya que dicha regla es legalmente atemperada en supuestos en que el acuerdo social afecta a la posición jurídica individual de los socios, trascendiendo a la mera modificación estatutaria para incidir sustancialmente en el propio aspecto contractual (confróntense los artículos 1.256, 1.665 y 1.691 del Código Civil).

#### **4.4.2 Plan de formación profesional de los miembros de la empresa familiar:**

- Objetivos referidos a los miembros que prestan su trabajo en las empresas.
- Objetivos referidos a los socios no trabajadores de las empresas familiares.
- .../...

#### **4.4.3 Servicios de asesoramiento a los miembros del grupo familiar:**

- Asesoramiento interno en las empresas del grupo: puede preverse la colaboración a la satisfacción de las necesidades de asesoramiento que afecten a los familiares en el seno de los órganos del protocolo por las personas cualificadas o en el seno de las empresas familiares por los profesionales que presten sus servicios en las mismas.

- Asesoramiento externo: Debe regularse la posibilidad de que tanto en los órganos del protocolo familiar, como en los órganos de dirección de las empresas, se incorporen asesores externos al grupo familiar y empresarial, particularmente en casos de crisis o desacuerdo familiar, o sucesión.

#### **4.4.4 Planificación de la sucesión en la titularidad de la propiedad:**

- Posible asignación de empresas o ramas de actividad por estirpes familiares en la sucesión de los progenitores.

- Compromiso para efectuar la sucesión a partes iguales en la propiedad de las participaciones o acciones, o en diferente proporción en función del trabajo aportado a la empresa familiar.

- Mantenimiento del derecho de voto en el cónyuge progenitor viudo, cualquiera que sea la forma estipulada de sucesión testamentaria, incluso en caso de usufructo de acciones, mediante la oportuna promoción de las modificaciones estatutarias, en su caso (36 LSRL, 67 LSA).

- Graduación de las transmisiones de acciones o participaciones en operaciones inter vivos, teniendo en cuenta el régimen de bonificaciones fiscales a las donaciones vigente.

- Mantenimiento del carácter privativo de la titularidad de las acciones o participaciones de las empresas familiares en las transmisiones a efectuar, en su caso

- Derechos de adquisición preferente en la transmisión de acciones o participaciones en las empresas familiares, sean inter vivos o por causa de muerte.

- Régimen de administración de los bienes donados o legados a menores de edad (164, 227 C.C.).

- Sustituciones vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisarias (774, 775, 776, 781 etc C.C.).

- Limitaciones a la facultad de disposición de bienes que no pueden ser perpetuas (785 C.C), y siendo temporales no pueden superar los límites de la sustitución fideicomisaria del art. 781: que no pasen del segundo grado o a favor de personas que vivan al momento del fallecimiento del testador.

- Cláusula de reversión en las donaciones intervivos a favor de personas que fallezcan sin descendencia con anterioridad al donante (641 C.C.).

#### **4.4.5 Reorganización de la empresa familiar:**

- Previsión sobre posible constitución de sociedad de Cartera constituida como cabecera de grupo de empresas que a su vez desarrollan actividades empresariales, manteniendo participaciones superiores al nivel exigido por la legislación fiscal para no entrar en transparencia fiscal, y gozar de exención en el impuesto sobre el patrimonio. Se fomenta así la unidad en la toma de decisiones y en el control efectivo, puesto que actuando directamente sobre la sociedad de cartera, el grupo familiar se dota de medios para controlar jurídica y económicamente a las entidades participadas.

Aunque no es oportuno entrar a examinar los problemas jurídicos que suscitan los procesos de reorganización empresarial, sí debemos hacer referencia a uno de los más inmediatos cuando se plantea la constitución de sociedades de cartera o con voluntad de dominio sobre otras entidades. Y es la forma de redactar o configurar el objeto social. Es conocida la exigencia de concreción y la interdicción de objetos sociales genéricos. Pero el problema se suscita, cuando, como es el caso, existen legislaciones especiales que exigen requisitos financieros, administrativos, etc. que no precisan ser cumplidos por las sociedades familiares, sino por las entidades autorizadas para operar en los mercados de valores.

a) Es suficiente para especificar el género de actividad que constituye el objeto social una cláusula que excluya del objeto social todas las actividades que no se ajusten a los requisitos exigidos por la legislación especial:

- D.G.R.N. 8 de enero de 2000:

PRIMERO.- El 17 de noviembre de 1998, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Eivissa, don Alberto Rodero García, se constituyó la entidad denominada "F., S.L.". El artículo 2 de los Estatutos sociales establece que: La sociedad tiene por objeto la compraventa, administración, y explotación de inmuebles y la compraventa y administración de valores, así como la participación en otras compañías y la gestión y dirección de dichas participaciones, todo ello con la salvedad de lo establecido en la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las instituciones de inversión colectiva, y lo que establece para las agencias de valores la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, de 28 de julio. Quedan excluidas del objeto social todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad. Si las disposiciones legales exigiesen para el ejercicio de algunas actividades comprendidas en el objeto social algún título profesional, o autorización administrativa, o inscripción en Registros Públicos, dichas actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente dicha titularidad profesional y, en su caso, no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigidos.

... SEGUNDO.- Es cierto que cuando la actividad que se define como objeto social choque con las limitaciones legales que se imponen para su ejercicio, lo sea por la necesidad de un título habilitante, una forma o estructura social concreta, la reserva en favor de entidades especiales, etc., resultará que no será posible ni lícita, dos de los requisitos que para todo objeto de contrato imponen los artículos 1.271 y 1.272 del Código Civil. Así mismo, como la delimitación convencional del objeto social por el género comprende todas sus especies, se requiere previsión específica para que alguna de las actividades comprendidas en aquél pueda quedar excluida.

No obstante, respecto del presente caso, es indudable que el hecho de que entre las actividades comprendidas en el objeto social se halle la compraventa y administración de valores no implica que la sociedad haya de cumplir en todo caso las características, requisitos y autorizaciones exigidos en la legislación especial, toda vez que dichas actividades se limitan a los valores -o a determinadas operaciones sobre ellos- que no queden comprendidos en el ámbito de la misma (cfr., v. gr., artículos 2, 26 bis, 36, 37, 62 y siguientes de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), habida cuenta que para especificar las actividades lícitas y posibles dentro del género contemplado se recurre, como ha admitido este centro directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 15 de diciembre de 1993 y 30 de abril de 1999), a una exclusión referida a todas aquellas que no se ajusten a los requisitos establecidos en dicha legislación especial, de modo que el objeto social queda suficientemente concretado.

b) Estimo aconsejable el objeto social exclusivo en las sociedades de cartera para evitar posibles problemas de calificación de la entidad como profesional transparente, en base a cierta doctrina enervante de la Dirección General de Tributos. Puesto que la jurisprudencia de los Tribunales (T.S.J. de Cataluña y Valencia) viene proclamando con reiteración que las actividades que constituyen el objeto social de una entidad mercantil son por definición actividades empresariales.

- Dirección General de Tributos de 12 de febrero de 1998:

*Una sociedad, que se pretende constituir, tendrá por objeto social la prestación de servicios de gestión y dirección de empresas. Su activo estará constituido por participaciones de otras entidades, que den, como mínimo, el 5% de los derechos de voto en las mismas, disponiéndose de una organización de medios materiales y personales para dirigir y gestionar la participación. Los socios propietarios participarán en la prestación de los servicios...*

*En cuanto a la consideración de la sociedad como transparente por la prestación de servicios profesionales, ...cabe señalar que las actividades que definen el objeto social de la entidad, gestión de la participación en entidades, podrían encuadrarse en el Grupo 748, Administradores de la cartera de valores de la División Sexta de la Sección Segunda de las mencionadas Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas... En definitiva,... se cumplirá el primero de los requisitos.*

*A efectos de apreciar la concurrencia del segundo de los requisitos... lo importante es que los socios presten o intervengan en la prestación de los servicios profesionales de la entidad y que tales servicios sean asimismo o constituyan el desarrollo de su propia profesión. No basta, por tanto, que los socios presten a la sociedad los servicios que ésta precisa para su normal funcionamiento interno, sino que es necesario que sus servicios profesionales, como servicios de la sociedad, trasciendan al exterior..."*

#### 4.2.4.6 Efectos, duración, incumplimientos:

- Los **firmantes** del protocolo asumen su contenido y los compromisos y las obligaciones que del mismo dimanen en las relaciones privadas de orden afectivo, económico y jurídico entre todos los miembros de la familia.

- Fijación de la **duración** del protocolo en años desde la fecha de su firma, y previsión del **sistema de renovación** tácita o expresa, al término de dicho plazo por otros períodos iguales de tiempo.

- Si alguno de los firmantes del protocolo incumpliese, o diese lugar al incumplimiento por quienes de él dependan en cualquier forma, alguno de los acuerdos de los órganos familiares descritos en este protocolo, deberá indemnizar al resto de los firmantes de los gastos, **daños y perjuicios** que tal incumplimiento les ocasione, incluidos los derivados de la realización de los actos sustantivos y procesales dirigidos a poner en práctica los acuerdos incumplidos.

- El protocolo **no perjudicará** en forma alguna los derechos económicos y políticos reconocidos por la **legislación mercantil** a los titulares de acciones o participaciones sociales representativas de los fondos propios de cualesquiera entidades civiles o mercantiles consideradas como empresas familiares en este protocolo.

- El protocolo **no afectará** ni perjudicará en forma alguna a **terceras personas** ajenas a los firmantes del mismo, en sus relaciones civiles, mercantiles o de cualquier orden derivadas de las actividades empresariales de las empresas familiares o de las actuaciones personales de cualquiera de los firmantes del protocolo.

- **Pérdida de la condición de empresa familiar:**

1. Por mayoría de los miembros del grupo familiar: Se perderá la condición de empresa familiar, y no será renovado el protocolo familiar, cuando la mayoría de las personas ( puede ponderarse por estirpes o ramas de parentesco o cuotas de propiedad), manifiesten su falta de interés en continuar con este esquema de gestión de la actividad empresarial, en la correspondiente reunión del órgano del protocolo o Consejo de Familia.

2. En el caso de que la familia no estuviera integrada por un número mínimo de miembros a determinar, se perderá la condición de empresa familiar, y no será objeto de renovación este protocolo.

3. En el caso de que la concentración de la titularidad de las acciones o participaciones en una sola persona del grupo familiar fuese superior al 75% (u otro porcentaje diferente a determinar), se perderá la condición de empresa familiar, y no será objeto de renovación el protocolo.

Salamanca 11 de enero de 2001

