

La (im)procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso del derecho de los socios

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de GA_P

Dos recientes sentencias del Tribunal Supremo han argumentado en favor de la posibilidad de que terceros no socios impugnen acuerdos sociales de una compañía sobre la base de que las votaciones se han producido con abuso de derecho, a pesar de que el abuso de derecho como tal no constituya causa de impugnación en la Ley de Sociedades de Capital. Este trabajo critica semejante propuesta.

1. Las sentencias

Las sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 15 de febrero del 2018 (STS 73/2018 y STS 87/2018) se han enfrentado con el problema de la impugnación por terceros de acuerdos sociales adoptados con pretendido abuso de derecho. Ambas aplican el régimen societario anterior a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero del 2018, un tercero (no socio) impugnó el acuerdo de aumento de capital (realizado por compensación de créditos) de una sociedad de responsabilidad limitada. Adujo que el acuerdo era abusivo por cuanto desvirtuaba de hecho la opción de compra que previamente le habían conferido los tres socios de la compañía sobre un número determinado de participaciones representativas del 60 % del capital. El optante

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

requirió notarialmente la escrituración de la compra antes de que se documentara y se ejecutara el acuerdo de capital que sedicentemente se había tomado en junta universal tres días antes.

El Tribunal Supremo concluyó que, pese a la corrección aparente o formal del acuerdo de aumento, el derecho de voto se habría ejercido abusivamente por las circunstancias excepcionales que rodearon la adopción del acuerdo. El aumento de capital se acordó sólo después de que el tercero impugnante comunicara el ejercicio de su opción de compra de las participaciones sociales, adquisición que le debía otorgar la titularidad de la mayoría del capital social. Por tal razón, el Tribunal Supremo consideró que el acuerdo supuso meramente una *reacción* frente al ejercicio de tal derecho de opción. Además, los créditos que sirvieron de base al aumento (derivados de diversos ingresos efectuados en la cuenta de la compañía por uno de los socios) no se compensaron —como seguramente habría sido lógico— con el crédito recíproco, anterior y mucho mayor que la sociedad ostentaba frente a él. De este modo, un socio que mantenía una deuda considerable con la sociedad no satisfizo esa deuda, ni siquiera en parte, pero vio aumentada considerablemente su participación en el capital social con cargo a aquellos ingresos. En consecuencia, el aumento del capital no se llevó a cabo en defensa del interés social, sino con la intención de frustrar el propósito práctico del derecho de opción de compra del impugnante al impedir de hecho que éste pudiera adquirir el control social. Concluyó que se habían sobrepasado de modo manifiesto los límites normales del ejercicio del derecho a acordar y ejecutar un aumento de capital en una sociedad mercantil, causando con ello un daño al tercero. El acuerdo tomado con abuso de derecho sería nulo y el abuso cursaría como motivo de impugnación directamente fundado en el artículo 7.2 del Código Civil y no en el artículo 204.1 (viejo y actual) de la ley societaria. La legitimación del artículo 206.1 (antiguo y vigente) no se reduce al caso de quien fue socio antes o llega a serlo después del acuerdo, porque «tercero con interés legítimo» es cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente de forma perjudicial.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero del 2018, socios de una compañía matriz impugnaron determinados acuerdos de modificación de estatutos adoptados en la junta general de una filial, acuerdos que, entre otras cosas, comportaban atribuir el derecho de voto correspondiente a las acciones pignoras al acreedor pignoraticio. Según los actores, estos acuerdos habían sido adoptados con abuso de derecho porque su exclusiva finalidad era impedirles que pudieran trasladar a dicha filial el control que, después de diversas vicisitudes y litigios, habían adquirido en la compañía dominante. Este resultado se alcanzaba al hacer conjugar las referidas modificaciones estatutarias con los efectos propios de la pignoración por la matriz —en favor de ciertos socios de ésta— de un paquete de acciones representativas del capital de la filial. Con una amplia digresión sobre el juego del artículo 7 del Código Civil en esta materia, la Sentencia del Tribunal Supremo no entró a considerar, sin embargo, si existía o no abuso de derecho, pero sí resolvió que la acción no había caducado —como sostuvo la Audiencia—, porque, si el acuerdo se tomó con abuso de derecho (cuestión que nuevamente se remite al tribunal de instancia), el plazo para impugnar este acuerdo nulo, con nulidad fundada en el artículo 7.2 del Código Civil, sería de un año.

2. Presupuestos

2.1. Abuso relacional y no relacional

Considero esta distinción de importancia decisiva, como he expuesto más detalladamente en otro lugar (*Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, 2016). Un abuso es relacional cuando adquiere significado de conducta prohibida por el artículo 7 del Código Civil dentro de un contexto y como resultado de la interpretación sistemática de conductas anteriores o posteriores entre los sujetos concernidos. Un abuso es no relacional si la condición de acto prohibido por dicho artículo 7 proviene en exclusiva de la intensidad (desproporción) o finalidad (ánimo emulativo) o existencia de interés (falta de ventaja propia) de la conducta. En mi opinión, como regla, la conducta no relacional no puede considerarse acto prohibido por el artículo 7 del Código Civil, sino que ha de valer como ordinaria estrategia de parte que optimiza su posición con los recursos que le brinda el sistema normativo. Sólo es susceptible de abuso una conducta relacional, y en este caso es precisa la calificación por subtipos, que son básicamente tres: la regla que prohíbe los propios actos (incluido el retraso desleal), la regla *nemo propriam turpitudinem alegare potest* y los supuestos incluíbles bajo la paremia *dolo facit qui petit quod redditurus est*.

Entre una sociedad y un no socio no existe *ceteris paribus* ningún elemento de contexto relacional cuando las conductas sociales que se denuncian no provienen (no cuentan con el voto positivo y decisivo) de los socios con los que existe un contexto de relación previa. Por tanto, en ninguno de los dos casos la sociedad como tal puede hallarse en abuso frente al impugnante. Pueden hallarse en abuso —esto sí— el resto, algunos o todos los socios, *revestidos como sociedad*, como consecuencia de sus conductas o compromisos previos con el impugnante. No siendo éste el caso (y, por tanto, la sociedad no está relacionada con el tercero), carece de importancia el argumento que da la primera sentencia sobre la conducta *reactiva*: aunque el acuerdo se hubiera tomado precisamente como reacción de la sociedad a la prenda o a la opción del tercero; imaginemos una sociedad en cuyos estatutos los derechos políticos se atribuyen a los acreedores pignoratícios y luego *reacciona* modificando los estatutos para evitar la influencia excesiva de terceros no socios en asuntos sociales: no existe abuso de derecho, sino legítima estrategia de optimización de opciones. Carece de importancia también si el socio que contribuye al aumento por compensación era titular de deudas concurrentes con la sociedad que ésta podría haber extinguido, impidiendo así la aportación por compensación.

El artículo 204.1 II de la Ley de Sociedades de Capital no contiene una descripción de una conducta abusiva del artículo 7 del Código Civil, sino un tropo con el que se describe determinado daño a la *minoría* que el legislador valora normativamente como un acuerdo *de la mayoría* contrario al interés social. Probablemente la conceptualización del supuesto como «lesión del interés social» sea incorrecta, una especie de residuo fetichista del

organicismo en materia de sociedades. En el supuesto del artículo 204.1 II, se trata sólo, por el contrario, de un conflicto de grupos societarios, y la minoría podría —fuera de la conceptualización espuria del artículo 204.1 II— haber acudido directamente al artículo 7 del Código Civil, siempre, claro está, que se pudiera predicar la existencia de un abuso relacional, que ordinariamente no es el caso. Por eso, casi siempre, la *voluntad de dilución social* de un grupo societario respecto de otro no es abuso de derecho.

2.2. *Impugnación de acuerdos por terceros no socios*

Es indiscutible por el artículo 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital que un tercero interesado puede impugnar hoy acuerdos impugnables, sin distinguir, como antes de la reforma de la Ley 31/2014, si se trata de acuerdos nulos o anulables. Para la impugnación de acuerdos contrarios al orden público —parece—, ni siquiera se exige en el tercero interés legítimo (art. 206.2). Esta última afirmación no se puede sostener, empero. Ningún tercero sin interés legítimo puede sustentar una acción de nulidad, cualquiera que sea la causa de nulidad. Siempre es necesario un interés en quien no es parte del contrato o de la sociedad.

Ordinariamente un tercero dispone de otras acciones distintas de la impugnatoria, lo que por lo común no ocurre con los socios. Si se decide por acuerdo social dar por extinguida la opción de compra de que es titular un tercero o transferir a la sociedad la prenda de que es titular un tercero, el tercero no necesita impugnar el acuerdo. Se trata de un pseudoacuerdo respecto del titular del derecho, que podrá reaccionar, en los plazos ordinarios de prescripción (sin el límite temporal del art. 205 LSC), por una acción declarativa o por cualquier otra cuando la sociedad modifique el *statu quo* de hecho con la ejecución del acuerdo.

Sostengo que, si el tercero dispone de esta acción común y por medio de ella es posible eliminar todo resto de ilicitud creado por el acuerdo, el tercero carece de interés a efectos del artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital. Ni tan siquiera si se trata de un acuerdo simulado. Más aún, si se le reconociera legitimación a este tercero para inmiscuirse en la impugnación de acuerdos, entonces tendría que estar sujeto al plazo de caducidad del artículo 205 de dicha ley, proponiéndose, de manera consecuente, una especie de preclusión de cualquier acción de derecho común no sujeta a este plazo de caducidad. Es así como debe entenderse interés legítimo: lo hay cuando las acciones de derecho común no serían capaces de eliminar todo el rastro de ilicitud creado por el acuerdo extralimitado.

2.3. *Impugnación de acuerdos con causa ilícita*

Según el artículo 1275 del Código Civil, son nulos los contratos con causa ilícita. Tradicionalmente se ha considerado que pertenecen a esta clase los contratos en daño de

tercero (legitimarios, acreedores). Conforme al artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital son impugnables los acuerdos contrarios a la ley. Pero observemos que un acuerdo incurrido en ilicitud causal (si tal cosa fuera posible) no sería un acuerdo contrario al artículo 1275 del Código Civil ni al artículo 6.3 del mismo código, pues ambos son normas cualificadoras de un predicado legal (nulidad) no prescriptivas ni prohibitivas de conductas determinadas. Por tanto, un acuerdo social con causa ilícita, incluso de ser imaginable, no es un acuerdo contrario a ninguna de estas normas. Es también notable que una especie tan señalada de acuerdo en daño de tercero como la del artículo 204.1 II no se califique de acuerdo contrario a la ley, sino de acuerdo contrario al interés social, es decir, un acuerdo que en la redacción anterior a la reforma del 2014 sería meramente «anulable».

No vamos a especular aquí si caben acuerdos sociales en daño de tercero que sean nulos por analogía con los contratos a que se refiere el artículo 1275 del Código Civil. Hemos de dejar abierta esta posibilidad. Lo cierto es que no es el caso de ninguna de las sentencias que comentamos. Un contrato sólo puede incurrir en el vicio señalado cuando existe una conducta debida o una conducta prohibida frente a terceros cuya inobservancia por medio de contratos con un tercero causa un daño jurídicamente relevante. Si no existe ninguna suerte de deber de protección de posiciones ajenas, el contrato por el que el agente daña la situación empírica de otro sujeto no es un acto nulo, sino un mero *factum*, a lo sumo, como en la hipótesis del artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal, un tipo de competencia desleal frente al tercero que es un competidor. Las sociedades de nuestras sentencias no estaban sujetas a un deber especial de protección de las expectativas empíricas de un tercero nacidas en sus relaciones con otros terceros que podían ser a su vez socios o no socios.

2.4. *Materias no corporativizadas y materias corporativizadas*

Es intuitivo para cualquiera que ningún tercero puede acudir a la impugnación de acuerdos por abuso de derecho societario cuando el susodicho acuerdo consistió en privarle de una opción de compra o de una prenda de la que el tercero es sujeto. Dicho acuerdo no sólo no es impugnable por el titular del derecho, es que ni siquiera constituye un acuerdo en abuso de derecho, sino un hecho plenamente *irrelevante* para el tercero. Incluso si la sociedad borra el nombre de aquél del libro registro de socios y cargas, porque todavía así el tercero puede reaccionar mediante una acción declarativa, constitutiva o de cesación.

Mas, si este tercero del que venimos hablando no puede impugnar en tales casos, podemos preguntarnos cómo podrá hacerlo el tercero que sufre un ilícito de *menor* entidad: en lugar de privarlo de la opción de compra o de la prenda, la sociedad aumenta el capital, diluyendo la opción, o atribuye los derechos políticos de la acción al deudor pignoraticio. La situación es aquí sensiblemente distinta a la anterior porque tanto la cifra de capital como la atribución de derechos políticos en caso de prenda son *contingencias corporativas*, mientras que no lo es, puestos al caso, privar a un tercero del derecho de pasear a su perro por el parque.

En principio, la sociedad no puede cometer ilícito por abuso contra un tercero cuando toma acuerdos sobre materias corporativizadas, afecte o no tal acuerdo al interés social. El abuso sólo podría ser *ceteris paribus* un abuso no relacional irrelevante y el artículo 204.1 II sólo protege a los socios de minoría, no a un tercero que es perjudicado por una mayoría de socios. Con todo, el problema aquí es si el tercero está asistido por acciones de derecho común que *eliminarían enteramente el ilícito*. Por lo menos en el caso de la prenda parece que no, porque ninguna acción de derecho común puede revertir los estatutos sociales en la materia disputada de los derechos políticos en la prenda. Pero, si siguiéramos adelante con la impugnación de acuerdos por abuso de derecho, conseguiríamos un efecto que excedería del interés que afecta al tercero. Éste quiere que su prenda o su acción tenga derecho de voto, pero no puede tener interés legítimo en que la tengan o no otras prendas de acciones o acciones que están tituladas en cabeza de tercero; tampoco puede ser incumbencia suya si una sociedad ajena tiene más o menos capital social. Es decir, aunque pudiéramos aceptar que queda un *resto societario no eliminado* mediante acciones de derecho común, la impugnación de acuerdos por terceros, y más si se fundan en abuso de derecho imputable a los socios revestidos en sociedad, produce efectos extralimitados respecto del ámbito de interés tutelable de este tercero. Por esa razón, si bien esta última consideración no lleva a la eliminación de la acción, sí a la necesidad de un ámbito restrictivo.

Claro que la sociedad como tal podría incurrir en abuso de derecho relacional contra terceros si ella misma estuviera afectada por un contexto relacional de la clase que hemos expuesto arriba con este tercero, por ejemplo, que la sociedad actuara contra sus propios actos, que pretendiera obtener una ventaja de su anterior conducta ilícita, etcétera. Mas en estos casos no se me ocurre una hipótesis en que el tercero no pudiera actuar al margen de la impugnación de acuerdos, bien por la nulidad del contrato, bien por remedios contra el incumplimiento contractual, bien por la excepción de abuso, etcétera. Porque, *siempre* que la sociedad abusadora se relacionara con este tercero, lo haría por medio de acto o negocio distinto del acuerdo intrasocietario, que para el tercero sería *res inter alios*, acto por el cual el acuerdo intrasocietario se externaliza mediante una conducta jurídica que afecta negocialmente a ese tercero.

2.5. La conducta ilícita de los socios

Sin duda, los socios que se amparan en el acuerdo de la sociedad para incumplir compromisos contractuales con terceros actúan ilícitamente. Primero, si el acuerdo social *les es imputable a título de agentes*, porque el voto positivo de estos socios fue determinante del acuerdo. Segundo, cuando no lo fuera, porque el voto positivo es una conducta contraria al cumplimiento del contrato. Podría decirse que actúan con abuso de derecho, pero es normalmente innecesario acudir a este remedio, cuando un tipo de abuso relacional como es el de actuar contra los propios actos merece también la calificación más nítida

de puro incumplimiento contractual. Recurrir al artículo 7 del Código Civil es innecesario, incluso para integrar las causas de impugnación del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital.

Cuando el acuerdo así causado comporte un *resto de ilicitud* que no pueda eliminarse por los medios de derecho común, los terceros pueden impugnar el acuerdo, pero no porque realmente sea un acuerdo de la sociedad contrario a la ley o al artículo 7 del Código Civil, sino porque es un acto ilícito cometido por partes contractuales deudoras que utilizan la personalidad social como un vehículo para el incumplimiento de compromisos contractuales. De una forma u otra, procedemos a «levantar el velo de la personalidad», por mucho que esta expresión me parezca peligrosa por los excesos y prejuicios a que da lugar.

3. Solución de los casos

En la sentencia de 14 de febrero procedía haber concedido al optante una acción de cumplimiento correcto para la entrega del número de acciones que tras el aumento de capital representaran el 60 % de éste, sin que por ello hubiera de aumentarse el precio, como penalización a la torpeza causal de los concedentes de la opción. Podría también, de preferirlo, optar por resolución más resarcimiento. En mi opinión no habría necesidad de conceder al optante una acción de impugnación de acuerdos, pues hay modos de salvar el interés contractual sin atacar los actos que, en forma de acuerdos, no eran otra cosa que la modalidad de conducta por la que los socios incumplían sus compromisos. Si se estimara que no hay que penalizar de la forma propuesta a los socios (privación del por el nuevo capital), entonces procedería la impugnación de los actos de incumplimiento de los socios (que sería una acción de cesación) mediante la vía formal de la impugnación de acuerdos de la sociedad que es vehículo de aquel incumplimiento. En ningún caso es preciso acudir al recurso del abuso de derecho.

En la sentencia de 15 de febrero parece haber una mayor carga societaria porque los impugnantes son los socios de la matriz, que no lo son de la filial productora del acuerdo en debate. Y sin embargo no es así. Los socios de la matriz que demandaron sobre la vía del abuso de derecho podían haber pedido la nulidad de las pignoraciones porque acaso eran operaciones simuladas. Si las operaciones no fueran simuladas, no se me ocurre qué otra cosa se podían haber hecho, porque ni entre la sociedad filial y los impugnantes ni entre los socios de la matriz existía ningún contexto relacional. En principio no hay objeción a que quienes fueron mayoría en la matriz pignorasen a *insiders* (sin simulación) las acciones de esta sociedad en la sociedad filial con la concesión en el título de los derechos políticos, que luego es refrendado *válidamente* por la sociedad cuyo capital representan esas acciones. Pura estrategia de mayorías y minorías.