

Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

Corporate / M&A

Abril 2018

Competencia para conocer conflictos derivados de pactos parasociales

José María Rojí

Entre las cuestiones no completamente resueltas en relación con los pactos parasociales está la de la competencia judicial para la resolución de las controversias con causa en los mismos. En estas notas analizaremos cómo la categorización clásica en pactos de organización, atribución o relación, está orientando el sentido de las sentencias sobre esta materia cuando deben dirimir si estamos ante una competencia de los juzgados de primera instancia o de los de lo mercantil. Al hilo de este análisis, se formulará una reflexión sobre la oportunidad de introducir un convenio arbitral armonizado con los estatutos sociales de la entidad a la que se refieran los pactos parasociales, que someta las controversias con causa en los pactos parasociales a arbitraje institucional.

1. Introducción

La reciente jurisprudencia sobre eficacia de los pactos parasociales ha puesto de nuevo de actualidad esta modalidad contractual que, junto a sus aspectos sustantivos, plantea no pocas cuestiones de carácter procesal. Las presentes páginas contienen una reflexión inicial sobre la competencia judicial para conocer de las acciones con causa en el incumplimiento de los pactos parasociales –pactos perfectamente válidos como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias 128/2009 de 6 de marzo, 138/2009, de 6 de marzo, y 306/2014–, si a los de primera instancia, atendiendo a la naturaleza esencialmente contractual de

estos negocios jurídicos, o a los mercantiles como consecuencia de que los mismos traen causa de la relación entre socios de una mercantil y de aquellos con esta.

Como veremos, no se trata de un tema definitivamente resuelto y presenta zonas grises, lo que implica una evidente incertidumbre y un riesgo de concurrencia de diferentes competencias objetivas en función de la naturaleza del conflicto que un mismo contrato genere. Eso nos hace considerar como alternativa que las controversias que se susciten en relación con los pactos parasociales se sometan a arbitraje institucional, debidamente armonizado con un convenio arbitral estatutario ante la misma institución. En-



tendemos que así se evita la incertidumbre antes indicada. Antes, haremos un repaso de la jurisprudencia más significativa sobre el particular.

2. Competencia de los juzgados de lo mercantil

Como es sabido, los juzgados de lo mercantil están integrados en el orden jurisdiccional civil como órganos especializados con competencia sobre las materias que se recogen en la LOPJ. Sus sentencias son recurribles ante las secciones civiles de las Audiencias Provinciales, quienes también conocen de los recursos contra las sentencias de los juzgados civiles ordinarios de primera instancia. De hecho, el debate objeto de estas reflexiones no va a alterar la competencia en las instancias posteriores, si bien en sede de las Audiencias es habitual que, por norma de reparto, se atribuyan las cuestiones que vienen de los mercantiles a secciones específicas y especializadas, como la 28ª en Madrid o la 15ª en Barcelona.

La cuestión objeto de estas notas se suscita a partir de la previsión contenida en el artículo 86 ter.2. LOPJ, conforme al cual: *"2. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas."*

Señalaba el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2001 que *"hemos de advertir que no existe propiamente una jurisdicción mercantil. Los Juzgados de lo Mercantil son órganos especializados de la Jurisdicción Civil (...) que ni siquiera tienen competencia para conocer de todos los asuntos propios del Derecho Mercantil..."*,

reforzando con ello la idea de juzgados especializados dentro del mismo orden jurisdiccional que se desprende del citado artículo 86 bis LOPJ y del 46 de la Ley ritual.

Se trata de dirimir si los litigios surgidos con ocasión del cumplimiento de los pactos parasociales, cuya naturaleza es netamente contractual, son subsumibles en el precepto anterior, en la medida en que para su resolución normalmente las partes van a invocar normas reguladoras de las sociedades mercantiles. Es cierto que, por su naturaleza, los pactos parasociales son contratos –son, de hecho, sociedades internas–. Sin embargo, no puede desconocerse su intensa incidencia societaria, casi siempre en la causa –del contrato o de prestaciones específicas– y en muchas ocasiones en el objeto, habida cuenta de que la finalidad de estos convenios entre socios (con eventual intervención de terceros) es completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las relaciones legales y estatutarias que rigen la sociedad a la que se refieren.

Esa naturaleza contractual con trascendencia societaria es la que recoge y reconoce por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2014: *"2. Los llamados pactos parasociales o reservados, que preveían los arts. 7.1 TRSA y art. 11 (actualmente art. 29 LSC) son acuerdos celebrados por los socios que no son recogidos en los estatutos, destinados a regular cuestiones relacionadas con el funcionamiento u operativa de la sociedad, tales como pactos de sindicación de voto, de recompra de las participaciones, criterios para el nombramiento de administradores, etc., generalmente acompañados de cláusulas indemnizatorias en caso de incumplimiento, y de uso frecuente en los llamados "Protocolo familiar". (...)"*

En consecuencia, estamos ante pactos contractuales pero que, de un modo u otro, tienen causa en un contrato previo o simultáneo de sociedad, y cuyos pactos concretos y las controversias derivadas de los mismos, en muchos ca-

sos, deben resolverse aplicando normas de derecho societario, lo que nos devuelve a la expresión del artículo 82 LOPJ, ya que muchos de los conflictos que suscitan se promueven al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles.

3. La posición de las audiencias provinciales atendiendo a la tipología de pactos

Es precisamente esa aplicación de la normativa societaria, en muchos casos, lo que constituye la base de la distinción que están formulando los juzgados y las Audiencias provinciales para dirimir sobre la competencia jurisdiccional. Para ello, se parte de la categorización clásica de los pactos parasociales que distingue entre los de organización, los de relación y los de atribución.

Los pactos de organización son los que afectan a la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones de la sociedad. Se ha dicho por ello que tienen siempre por objeto el control de la sociedad, bien sea para concentrarlo, para distribuirlo o para transferirlo. Suelen tener esta naturaleza los pactos sobre quórum y régimen de mayorías; sobre la composición del órgano de administración; sobre las políticas a desarrollar por la compañía; pactos sobre el régimen de las modificaciones estatutarias; pactos sobre la información que debe proporcionarse a los socios, etc.

Los pactos de atribución tienen por objeto atribuir derechos o ventajas a la propia sociedad, asumiendo sus firmantes las correspondientes obligaciones frente a ella. Así, por ejemplo, los compromisos de financiación adicional de la sociedad por parte de los socios, el abstenerse de competir con la sociedad o el otorgarle la exclusiva de venta o intermediación en los productos de los socios. La sociedad puede exigir el cumplimiento, incluso cuando no sea parte del contrato parasocial, si se entiende que es un acuerdo con estipulaciones a favor de terceros (1257 CC). No obstante, es mayoritaria la postura que aconseja que la sociedad sea parte y la jurisprudencia ha señalado las consecuencias de que no lo sea, en particular en relación con lo preceptuado en el art. 1.257.1 CC, acerca del principio de relatividad contractual que en él se proclama, en cuanto a los límites subjetivos en relación con la efectividad de los derechos y obligaciones que nacen de todo contrato. El rango de ley que el art. 1091 CC le atribuye se constriñe exclusivamente a las partes contratantes o, en su defecto, a sus herederos, de tal suerte que, en general, no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento y, por ello, los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo litigio promovido para el cumplimiento de un contrato sólo han de afectar a los litigantes conforme a las relaciones jurídicas contraídas entre ellos (véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de junio de 2011).

Los pactos de relación se caracterizan por su neutralidad frente a la sociedad. En ellos prima la voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa

y sin afectación directa a la sociedad cuando no son incorporados a los estatutos trascendiendo de su naturaleza parasocial. Así, los requisitos para ser socio, los derechos de adquisición preferente, los derechos de venta conjunta, las obligaciones de no incrementar la participación en el capital por encima de un determinado porcentaje o las cláusulas de cobertura de las pérdidas de unos socios por otros.

De las tres categorías antedichas, los pactos de organización son los que de un modo más claro se vinculan a normas reguladoras de las sociedades mercantiles y, por ello, los que podrían determinar la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil. Esta conexión es evidente, por ejemplo, cuando se trate de la impugnación de acuerdos sociales con fundamento en el cumplimiento o incumplimiento de un pacto parasocial. Un ejemplo reciente lo constituye la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016, que desestimó la impugnación de un acuerdo social interesada por quien había sido parte de un pacto parasocial omnilateral (esto es, del que fueron parte la totalidad de los socios) conforme al cual admitió la modificación sobre titularidad del derecho de voto en contra del contenido estatutario, en lo que era claramente un pacto de organización.

Por el contrario, los pactos de relación se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad, por lo que normalmente los litigios que se plantean se dirimirán ante la jurisdicción civil no especializada. En cuanto a los pactos de atribución, sí pueden plantear conflictos directos entre socio y sociedad, pero no aplicando normas propias del derecho de sociedades sino las reguladoras de la relación jurídica de atribución incumplida, normalmente de carácter netamente contractual no societaria.

El principio general será que las pretensiones cuyo objeto consista en el cumplimiento, resolución o indemnización derivadas de un posible incumplimiento de un pacto parasocial, deben ser consideradas como una reclamación netamente civil cuya competencia correspondería a los juzgados de primera instancia. En este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 20 de septiembre de 2010.

Cosa distinta será si, con ocasión del incumplimiento de un pacto parasocial, se hubiese ejercitado una acción de impugnación de un acuerdo social, o incluso aquellas otras pretensiones en las que se discuta, no la validez o cumplimiento de un convenio parasocial, sino su eficacia frente a un acuerdo de la junta de socios, en cuyo caso la competencia correspondería a los jueces de lo mercantil. En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 28 de junio de 2017, entendiendo que la competencia correspondía a los juzgados de lo civil no especializados al tratarse de un pacto de atribución según la catalogación reproducida:

"(...), hemos de señalar que nos inclinamos por atribuir con carácter general a los juzgados de primera instancia la competencia para conocer de las acciones por las que di-

rectamente se solicite el cumplimiento de pactos parasociales, no obstante, no resulta ocioso analizar en cada caso la naturaleza de pacto de socios cuya aplicación se pretende para dilucidar la medida en la que el pacto incide, siquiera indirectamente, en el cumplimiento de la normativa societaria.

La doctrina suele diferenciar tres categorías de pactos parasociales: los pactos de relación, los pactos de atribución y los pactos de organización. Los de relación son aquellos que regulan de manera directa las relaciones recíprocas entre los socios, esto es, sin intervención de la sociedad; la segunda tipología (atribución) pretenden procurar algún tipo de ventajas a la sociedad, mientras que los de organización tiene por objeto expresar la voluntad de los socios de reglamentar la organización, funcionamiento de la sociedad, lo que afecta directamente al sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad. Únicamente en supuestos de pretensiones ejecución de este último tipo de pactos en los que se inciden de manera directa en la esfera jurídica de la compañía y en los que nos es extraño que impliquen la impugnación de un acuerdo social, ya del órgano de administración, ya de la Junta General, parece oportuno atribuir al juzgado de lo mercantil la competencia para conocer de los asuntos.

En el presente supuesto, y por más que la recurrente pretenda introducir en sede de apelación una especie de afectación o vulneración de las competencias de la Junta General de socios, la simple lectura del documento nº 23 nos permite concluir que nos hallamos ante un pacto de socios típicamente atributivo, pues en el mismo se establecen obligaciones de financiación adicional de la sociedad por los socios, el cual no incide en la esfera organizativa interna de la sociedad por lo que no plantea cuestiones relativas a la normativa de las sociedades mercantiles y no entra en la norma atributiva de competencia del artículo

86 ter.2.a) LOPJ. Hemos de considerar, por tanto, que las concretas pretensiones formuladas en el presente procedimiento se sitúa en la esfera de las obligaciones inter socio, sin incidencia alguna en la esfera societaria, por lo que deberá ser considerada como una reclamación netamente civil cuya competencia correspondería a los juzgados de primera instancia."

También a favor de la competencia de la jurisdicción civil, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2017, si bien en este caso admitiendo la competencia de los juzgados de lo mercantil al tratarse de un pacto de organización:

"Teniendo en cuenta que la reclamación que se efectúa por la actora, respecto del cumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula IX del Acuerdo de Socios, exige el examen de normas reguladoras de las entidades mercantiles, dicha cuestión litigiosa se estima que es competencia de los Juzgados Mercantiles, y si bien, como antes se señaló, la mercantil no puede considerarse propiamente una jurisdicción distinta de la civil, sin embargo, en virtud de lo establecido en el art. 86 ter.2 LOPJ, debe apreciarse que el Juzgado de Primera Instancia ante el que se planteó la demanda, por lo que se refiere a este pedimento, carece de competencia objetiva para su conocimiento, no pudiendo por ello resolver la controversia planteada, debiendo ser apreciada de oficio esa falta de competencia objetiva en este momento procesal, a la vista de la naturaleza de orden público de las normas que la regulan, declarándose la nulidad de lo actuado respecto de este concreto pedimento, quedando imprejuzgada tal cuestión, que la actora podrá formular ante el Juzgado competente al efecto."

Cabe concluir de la jurisprudencia indicada que cuando estemos ante pactos de organización y la acción ejercitada sea la impugnación de un acuerdo social invocando el



incumplimiento de un pacto de socios, la competencia recaerá sobre los juzgados de lo mercantil, mientras que, normalmente, en el resto de casos la competencia recaerá sobre los juzgados de primera instancia.

No obstante la anterior conclusión general, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018 puede haber dejado abierta la puerta a que conflictos procedentes de otro tipo de pactos puedan residenciarse indirectamente en juzgados de lo mercantil. El supuesto trae causa de la acción de impugnación de un acuerdo social por quien tiene un interés legítimo pese a no ser socio, interés legítimo derivado de ostentar un derecho de opción de compra sobre un porcentaje mayoritario de participaciones de la sociedad. El acuerdo impugnado consistió en un aumento de capital adoptado con el voto de quienes eran socios con carácter previo al ejercicio de la opción, aumento que diluyó el peso porcentual de las participaciones sobre las que tiene el recurrente la opción. El litigio se dirimió ante el correspondiente juzgado de lo mercantil.

Debe advertirse que, sin perjuicio de que pudiera haberse adoptado en abuso de derecho o, como se ha señalado por ALFARO ÁGUILA-REAL, en perjuicio de tercero lo que llevaría a invocar el art. 6.2 CC (contratos en perjuicio de tercero) en relación con el art. 1275 (contratos con causa ilícita), el acuerdo social impugnado no era contrario a la Ley, no se oponía a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad ni lesionaba el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. El acuerdo impedía que el contrato de opción de compra celebrado con un tercero sobre las participaciones sociales –el Tribunal Supremo afirma que no es un pacto parasocial de organización pero en mi opinión podría serlo de relación– se cumpliera en los términos pactados por las partes, en la medida en que la dilución supone la modificación unilateral

del objeto de la prestación contractual por quien debía entregarlo.

Congruentemente con lo anterior, se planteó la supuesta incompetencia del Juzgado Mercantil para pronunciarse sobre aspectos contractuales, como sería la relativa a la interpretación del contrato de opción de compra y a la conclusión de que el mismo no habría sido incumplido y que la opción había caducado. Sin embargo, el Tribunal no entra en la cuestión por ser ajena al ámbito del recurso de casación, pero la naturaleza de la acción ejercitada –impugnación de un acuerdo de junta– no deja lugar a dudas sobre la competencia de los juzgados de lo mercantil, y ello aun cuando el pacto invocado no fuera un pacto parasocial de organización. Vemos, en consecuencia, cómo una controversia derivada de un contrato que no es un pacto de organización acaba siendo dirimida ante el juzgado de lo mercantil cuando, con fundamento en el mismo, se interesa la anulación de un acuerdo social.

Una reflexión adicional –formulada al hilo y mediante el texto de una sentencia– sobre el riesgo de que la competencia no recaiga sobre órganos especializados y que se disocie lo parasocial de lo social. La sentencia ya citada de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de septiembre de 2010 (Sección 11) constituye un buen ejemplo de las dificultades que plantea el que un pacto parasocial sea resuelto al margen de la normativa mercantil. En el supuesto enjuiciado, se condena al socio que incumplió su pacto parasocial frente a otro socio al no realizar los actos necesarios para que se repartiera el dividendo pactado. La sentencia condena al pago directo entre socios e insinúa que el socio condenado tiene derecho al pago o al reembolso con cargo a la sociedad. Lo que no es evidente cómo se puede materializar en la práctica y debe destacarse que la eventual ejecución de ese pronunciamiento afectaría intensamente a cuestiones propias del derecho de sociedades





y desde luego a la sociedad de la que eran socios los litigantes, aunque el pacto fuera de mera relación:

"En este trance la Sala estima que no procede imponer la obligación in natura para suplir la declaración de voluntad de los miembros de la Junta General discrepantes, sino que estándose ante una reclamación netamente civil derivada del incumplimiento de un pacto parasocial, resulta procedente imponer la obligación de pago al socio respecto del que tal pacto se ha incumplido, por lo que debe estimarse el recurso y por ello la demanda en la petición subsidiaria realizada.

FALLO: Que estimando el recurso interpuesto por la representación de NEGRIL INGENIERIA, S.L., contra la sentencia de fecha 23 de 12 de 2008, revocamos dicha resolución, y por la presente estimando la demanda formulada declaramos que los demandados LANGA INDUSTRIAL, S.A. y D. Jesús, han incumplido el pacto entre socios de 1 de enero de 2005, protocolizado el 22 de marzo de 2005, objeto de este procedimiento, y en consecuencia condenamos solidariamente a dichos demandados a que abonen al actor la suma de 117.130,28 euros por beneficios del año 2005, pudiendo retirar el principal del haber social, con los intereses legales desde el 23 de octubre de 2006, y los del artículo 576 LEC desde esta resolución."

4. El arbitraje como alternativa

Lo habitual es que los pactos parasociales contengan disposiciones de diversa naturaleza conforme a la categorización explicada —de organización, de atribución y de relación— y que los enfrentamientos entre socios no suelen tener un único punto de conflicto sino que tienden a extenderse y provocar pluralidad de controversias. El que la competencia para conocer de incumplimientos de un mismo contrato pueda atribuirse a distintos órganos jurisdiccionales no es una solución jurídica y económicamente eficiente, y ello pese a las oportunidades que puedan ofre-

cer la no pacífica cuestión sobre la aplicación de las normas sobre acumulación en materias conexas.

Uno de los ámbitos en lo que, en mi opinión, más puede aportar el arbitraje es en el de resolución de los conflictos societarios. Todas las ventajas del arbitraje, entre ellas, celeridad, especialización y flexibilidad procedimental, se manifiestan de modo particularmente intenso en la resolución de controversias entre socios y entre estos y la sociedad o entre cualquiera de ellos y los administradores.

Por ello, y para evitar lo descrito en cuanto a pluralidad competencial, considero una buena solución el suscribir un convenio arbitral integrado en el pacto parasocial. Dicho convenio, para no provocar aquello de lo que se quiere huir, conviene que sea idéntico en cuanto a órgano al que se somete y otras cuestiones (número de árbitros, idioma, derecho o equidad, etc.) que el que se incorpore a los estatutos de la sociedad o sociedades a que se refiera el pacto parasocial. Véase como ejemplo la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de marzo de 2017 dictada en un procedimiento para el nombramiento de árbitros en relación con el incumplimiento de un pacto parasocial y la consiguiente impugnación de un acuerdo de junta con fundamento en dicho incumplimiento.

En consecuencia, tras la reforma de la Ley de Arbitraje en cuanto al arbitraje estatutario, operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, para el conocimiento de eventuales controversias vinculadas al cumplimiento de pactos parasociales, lo recomendable es que se encomiende la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral, ya que el artículo 11.bis.3. así lo exige en cuanto a la impugnación de acuerdos sociales, evitando así las cuestiones competenciales objeto de estas notas.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores.