



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Los pactos en las sociedades y las repercusiones de los
contratos con terceros

Diego Molina Rodríguez

Tutor: Antonio Legerén Molina

Simultaneidad en Derecho y ADE

Curso académico 2022/2023

I. Introducción.....	2
II. Antecedentes de hecho.....	3
III. Los pactos parasociales.....	5
A) Cuestiones generales.....	5
B) La validez de los acuerdos al margen de la sociedad.....	6
C) La oponibilidad frente a la sociedad de los pactos ajenos a ella.....	8
D) Los efectos del pacto entre María y Carla en relación al préstamo participativo.....	11
IV. Los acuerdos societarios.....	12
A) Adopción: procedimiento, requisitos y deber de abstención...	12
B) La impugnación.....	15
V. La ejecución y la exigibilidad por parte del banco del documento firmado por Augusta.....	17
VI. Acciones frente al impago de un préstamo bancario.....	20
A) Vía civil.....	20
B) Vía societaria.....	22
C) Vía concursal.....	22
VII. Actos que requieren la adopción por la junta general: la financiación ajena y el endeudamiento.....	24
VIII. Conclusiones.....	27
IX. Abreviaturas.....	29
X. Bibliografía.....	30
XI. Apéndice jurisprudencial.....	32
XII. Apéndice Legislativo.....	33

I. Introducción

Es necesario poner de manifiesto que, por motivos organizativos y de claridad expositiva, el índice del trabajo no se corresponde con la literalidad de las preguntas formuladas en el caso práctico.

De este modo, se comenzará por el epígrafe II, donde se traspondrán los antecedentes de hecho del supuesto práctico a analizar. Acto seguido, el epígrafe III versará sobre la calificación jurídica del negocio entre Carla y María, tratándose las cuestiones relativas a su validez (subepígrafe B), oponibilidad (subepígrafe C) y los derechos concedidos a terceros que se derivan de los pactos parasociales -tanto en general como aplicados al caso- (subepígrafe D).

A continuación, en el epígrafe IV (A) se analizarán las peculiaridades relativas al régimen de los acuerdos societarios dentro de una sociedad anónima, mientras que en el V se discutirá sobre la exigibilidad y la posibilidad de ejecución de la garantía que Augusta le envía al banco BBVA. Posteriormente, en el epígrafe VI se desarrollarán las posibles vías de actuación de que dispone el banco frente al impago del crédito, tanto en el ámbito civil, como en el societario y en el concursal. Por su parte, el epígrafe VII versará sobre las posibilidades de que disponen la sociedad, Augusta y Carla para la impugnación del préstamo concedido por la entidad financiera. Finalmente, el epígrafe VIII contendrá una breve respuesta de cada uno de los interrogantes suscitados en los antecedentes de hecho del caso práctico.

II. Antecedentes de hecho

“María, Carla y Augusta son las tres socias (a partes iguales) de Doseles y Cortinas, S.A., sociedad con un capital social de 5.000.000 €, cuyo objeto social consiste en la fabricación y colocación de persianas, estores y cortinas.

La escritura de constitución de la sociedad se otorga el 2 de enero de 2019. El día anterior, María y Carla se reúnen y firman un acuerdo por el cual votarían en la junta general de la siguiente manera: el primer año sería administradora única María, el segundo Carla, y así se irían rotando en el cargo cada año.

Se acordaba, además, que establecerían una remuneración de la administradora de 60.000 €. Por otro lado, pactaban que otorgarían sendos préstamos participativos de 500.000 € a la sociedad en caso de que esta se encontrase en situación de desbalance.

El propio 2 de enero se celebra en la notaría junta universal en la que María es nombrada administradora única de la sociedad. Además, y como quiera que los estatutos establecían que el cargo de administración sería retribuido con una cantidad fija, en la junta acuerdan que dicha retribución ascenderá a 60.000 € anuales.

A favor de la fijación de esta retribución votan María y Carla. En contra vota Augusta, que considera la remuneración excesiva.

La sociedad comienza inmediatamente las operaciones, pero las ventas no son las esperadas y al formular las primeras cuentas anuales el patrimonio neto de la sociedad es de 3.500.000 €.

En junta general ordinaria, celebrada el 1 de abril, y ante el silencio de María a pesar de las reiteradas solicitudes de Carla de que convocase junta para acceder ella al cargo de administradora, Carla propone que se separe del cargo a María. María y Augusta, sin embargo, votan en contra.

La sociedad prosigue el desarrollo del objeto social, pero pronto se encuentra con una situación complicada, y al formular las siguientes cuentas anuales el patrimonio neto se ha reducido a 2.000.000 €.

Para intentar salir de dicha situación, la administradora única celebra en representación de la sociedad un contrato de préstamo con BBVA, S.A., que asciende a 900.000 €. Como garantía, pignora una máquina de importación alemana fundamental para la fabricación de las cortinas y estores y valorada en 1.500.000 €.

Además, para facilitar la concesión del crédito, Augusta firma el siguiente documento:

“Estimados Sres. del BBVA, Me dirijo a ustedes para comunicarles los siguientes términos: He sido informada de la operación de concesión de un crédito que van ustedes a formalizar con Doseles y Cortinas, S.A. Deseo confirmar mi participación en dicha sociedad, siendo accionista de la misma y conociendo que la concesión del crédito se realiza en buena medida por mi participación en esta. Partiendo de esto, le confirmo que me comprometo frente a ustedes a apoyar financieramente a Doseles y Cortinas, S.A., para que a la misma le sea posible cumplir los compromisos adquiridos con ustedes debido a la concesión del crédito, para evitar posibles consecuencias negativas en su contra. Mi compromiso se extiende hasta el momento en que dejen de existir responsabilidades derivadas de la concesión de dicho crédito formalizado con nuestra filial.”

A pesar del dinero que entra en la sociedad gracias a la financiación del banco, la situación se sigue deteriorando. El 10 de enero de 2022 la sociedad deja de pagar a sus trabajadores, a sus proveedores y de atender sus pagos periódicos al BBVA, SA”.

Las cuestiones a resolver son las siguientes:

“1. Califica el negocio jurídico entre María y Carla y contesta a las siguientes preguntas:

- a. ¿Es válido?
- b. ¿Podría Carla impugnar el acuerdo de la junta general en el que se acuerda no remover a María del cargo?
- c. ¿Podría Carla de alguna forma lograr el cumplimiento de lo pactado?
- d. ¿Podría la sociedad exigir a María y Carla la concesión del préstamo participativo al que se refiere el acuerdo?

2. ¿Debió haberse abstenido María en el punto del orden del día en el que se acordó su nombramiento como administradora? ¿Y en aquél en el que se fijaba la remuneración?

3. Califica jurídicamente el documento firmado por Augusta. ¿Puede el BBVA exigirle que cumpla con la obligación de devolver el préstamo y los intereses debidos?

4. Si asesorases al BBVA, ¿cómo podrías intentar recuperar el dinero prestado? Estudia las vías civiles, societarias y concursales.

5. Si asesoras a la sociedad, o a Carla y Augusta, ¿podrías lograr la anulación del contrato de préstamo o de la garantía por no haberse aprobado su celebración o concesión en junta general?”.

III. Los pactos parasociales

A) Cuestiones generales

El negocio llevado a cabo por María y Carla se califica jurídicamente como un “pacto parasocial”; esto es, el celebrado al margen de los cauces societarios con la intención de complementar o introducir cambios en los estatutos de la sociedad de que se trate¹.

El origen de este tipo de negocios jurídicos reside en el principio de la autonomía de la voluntad, recogido en el artículo (en adelante art.) 1255 del Código Civil (en adelante CC), al no pertenecer a ninguno de los tipificados expresamente en el sistema jurídico español. De este modo, se corresponde con los contratos calificados como atípicos; es decir, aquellos que no cuentan con una reglamentación legal y que se regirán por las normas contractuales y la voluntad de las partes del negocio jurídico².

Los pactos a que ahora se alude son negocios jurídicos de carácter asociativo, con una ejecución instantánea, de tracto sucesivo y pueden contener derechos a favor de terceros (tal y como ocurre en este supuesto de hecho). Así concebidos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha elaborado una definición que contiene todos los componentes apuntados de este tipo de negocios jurídicos: “pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos”³.

Debe señalarse que para poder identificar un acuerdo como parasocial, su fin ha de ser influir en la esfera de la figura societaria de que se trate no pudiendo, en consecuencia, ser tal cualquier negocio jurídico entre socios que no afecte a la organización. Además, la nota diferenciadora de este tipo de acuerdos es su realización al margen de los procedimientos societarios habituales y tipificados, no gozando de este modo de las mismas garantías y publicidad frente a terceros no firmantes del pacto⁴.

Algunas de las finalidades por las que usualmente se opta por este tipo de acuerdos son: evitar problemas futuros en la toma de decisiones sobre la administración de la sociedad o para regular cualquier otro aspecto de su funcionamiento.

Dentro de la tipología posible de pactos parasociales, el acuerdo firmado por las socias María y Carla se encuadraría en un punto intermedio entre los de “atribución”, basados en la cesión de privilegios particulares a un tercero, y los de organización, que

¹ Esta definición se haya respaldada por la STS 120/2020 (ECLI:ES:TS:2020:120), la cual alude a otras similares como la STS 128/2009 (ECLI:ES:TS:128/2009), la STS 138/2009 (ECLI:ES:TS:138/2009) o la STS 103/2016 (ECLI:ES:TS:103/2016).

² Cfr. Cámara Carrá, B. (2008). Apuntes a la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja* (3), 113-135. Recuperado el 15 de febrero de 2023, de Dialnet-Apuntes.

³ STS 659/2016 (ECLI:ES:TS:2016:659), que cita textualmente otras anteriores que mantienen la misma doctrina: la STS 128/2000 (ECLI:ES:TS:2000:1762) y la STS 941/2009 (ECLI:ES:TS:2009:941).

⁴ Cfr. Martínez Echevarría Ozámiz, P. (2020). Los pactos parasociales en el Derecho español. *Revista general de legislación y jurisprudencia* (56), 413-415.

buscan “hacerse con el control” de la toma de decisiones de la entidad, repartiendo el poder de dirección entre los socios firmantes⁵.

En efecto, el negocio jurídico entre Carla y María puede considerarse de “atribución”, al conferir a la sociedad la facultad de recurrir a préstamos participativos en caso de dificultades económicas. Pero también puede encuadrarse en los de “organización”, al establecerse en él cómo se van a repartir ambas socias la dirección de la sociedad. Más concretamente, por medio del citado pacto la sociedad dispone de la capacidad para exigirles a ambas la concesión de financiación adicional vía préstamos participativos.

Apuntado el carácter híbrido del acuerdo, desde otra perspectiva podría incluso considerarse un pacto de “socios futuros”, debido a que se celebró en un instante temporal anterior a la constitución de la sociedad y en él se contienen disposiciones relativas a la organización y dirección de la Sociedad Anónima.

Cabe recalcar la diferencia entre aquel “pacto de control”, celebrado por sólo algunos miembros de la sociedad, del llamado omnilateral, que habrá de ser firmado por la totalidad de sus integrantes -Carla y María-.

La diferencia estriba en que lo que busca el primero es el acceso a los órganos de administración y control de la sociedad, mientras que los omnilaterales “son en sustancia complemento del contrato social, tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos -pactos más estatutos- conforman desde una óptica económica, un contrato -más-completo de sociedad”⁶.

B) La Validez de los acuerdos al margen de la sociedad

Señalada la existencia del negocio jurídico entre Carla y María es preciso examinar su validez, para lo que es necesario comprobar si las firmantes contaban con la capacidad para otorgarlo, y si concurren los requisitos enunciados en el artículo 1261 del CC. Respecto a la capacidad, cabe entender que concurría pues siendo el Notario el encargado de verificar tal requerimiento, autorizó la constitución de la sociedad, y ello presupone la plena capacidad de las partes en la esfera mercantil.

En cuanto a los requisitos del contrato requeridos por el artículo 1261 del Código Civil no cabe sino defender que se cumplieron todos, exteriorizándose el consentimiento en la firma plasmada en el documento suscrito por María y Carla previa constitución de la sociedad. Además, su objeto consiste en la obligación de votar en la futura Junta General de acuerdo con lo estipulado en el contrato y su causa el futuro control del cargo de administrador de la sociedad.

Como en el Derecho español rige el principio de libertad de forma, el contrato puede contenerse por escrito, lo que elimina una posible dificultad *ad probationem* futura,

⁵ Cfr. Martínez Rosado, J. (2017). Naturaleza jurídica de los pactos parasociales. *Los pactos parasociales*. (pp. 87). Madrid: Marcial Pons.

⁶ Sáez Lacave, M. (2009). Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces. *InDret*, 4.

siendo también válido optar por la celebración verbal para su conclusión. En el presente caso las socias optaron por la celebración del acuerdo en un documento escrito, reduciendo así el riesgo de futuras contingencias sobre la voluntad de las partes.

Tal y como se mencionó en el subepígrafe anterior I (A), la celebración del acuerdo entre María y Carla es válido, ya que ni el establecimiento del cargo de administrador por rotación ni la fijación de una remuneración por el mismo son contrarios a las leyes, a la moral o al orden público (Cfr. Art. 1255 del CC).

Cumplidos los requisitos exigidos para todo contrato, de manera particular, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), permite en su artículo 28, el establecimiento de pactos o cualquier otro documento que los socios fundadores estimen conveniente, pero condicionándolo a que no sean contrarios a las “leyes” ni a los “principios del tipo social elegido” -en el presente caso la Sociedad Anónima⁷.

En virtud del artículo 1091 del Código Civil se reconoce la validez y “*fuera de ley*” de los negocios jurídicos, extendiéndose este efecto a los negocios jurídicos celebrados al margen de las sociedades, tal y como se desprende del fundamento jurídico de algunas sentencias del Tribunal Supremo (en adelante TS)⁸.

Así las cosas, en varias ocasiones la Dirección General de los Registros y del Notariado ha confirmado la validez de los acuerdos parasociales, supeditándolo a su inoponibilidad frente a la sociedad⁹.

En un segundo plano, también es favorable a la validez de los pactos parasociales el artículo 114.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM), que señala que “*se harán constar en la inscripción los pactos y condiciones inscribibles que los socios juzguen convenientes establecer en la escritura o en los estatutos, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima*”.

De manera acorde con lo señalado con carácter general por el Código Civil, el texto deja entrever la perfecta admisibilidad de los pactos parasociales cuando respeten los límites señalados por dicho precepto -las leyes y los principios que configuran la Sociedad Anónima-.

Mostrada la validez del negocio jurídico celebrado entre María y Carla, a continuación se aludirá su inoponibilidad frente a la sociedad, sobre la base de que la organización no forma parte del acuerdo *inter partes*.

⁷ Artículo 28 de la LSC: “*En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*”.

⁸ Véase a modo de ejemplo la STS 1386/2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386), así como la STS 507/2020 (ECLI:ES:TS:2020:507).

⁹ Cfr. Resolución 7482/2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de marzo de 2010.

C) La oponibilidad frente a la sociedad de los pactos ajenos a ella

Según se avanzó, la cuestión clave a analizar en las siguientes páginas es si los acuerdos establecidos al margen de la sociedad pueden oponerse frente a ella, respondiendo así al interrogante “¿Podría Carla de alguna forma lograr el cumplimiento de lo pactado?”.

De entrada, parece conveniente hacer una referencia al principio de la relatividad de los contratos contenido en el artículo 1257 del Código Civil. De acuerdo con él, los acuerdos solamente surten efecto en exclusiva entre las partes contratantes. Como ya se comentó en los Subepígrafes II (A) y II (B), la sociedad no se encuentra vinculada por el acuerdo entre Carla y María al no haber sido parte en dicho negocio.

En efecto, la entidad no es partícipe del acuerdo en el caso que se estudia y, por ello, no cabe proceder a la impugnación de la votación por la que se mantuvo a María en el cargo de administradora basándose en un eventual incumplimiento del pacto. Caso contrario sería que la entidad suscribiese el convenio firmado por María y Carla, quedando entonces obligada al cumplimiento de lo pactado¹⁰.

Inclusive, en el caso de los “pactos omnilaterales”-los firmados por todos los socios-, no se podrían oponer frente a la sociedad al existir varios impedimentos. Entre ellos, cabe citar la inseguridad jurídica de los futuros nuevos socios no firmantes, el incumplimiento de los requisitos de reforma de los estatutos sociales o los efectos de su carencia de publicidad frente a terceros de buena fe.

El Tribunal Supremo ha sido tajante en sus resoluciones respecto de los acuerdos realizados al margen de los cauces societarios, alegando que “fuera de tales casos (infracciones a las exigencias de la buena fe, abuso del derecho) la eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con los mismos, sino que debe articularse tal defensa a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto, pues este no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales”¹¹.

Cabe también exponer la peculiaridad de la “oposición” de los convenios celebrados al margen de la sociedad -pactos parasociales- pero dentro del núcleo familiar que, como es conocido gozan de un régimen especial de publicidad en lo relativo a las inscripciones en el Registro Mercantil. Sin embargo, como no se proporcionan datos sobre el parentesco que une a las tres socias debemos suponer que este es inexistente, y, por lo tanto, no resulta afectado por el régimen de publicidad que gozaría en caso contrario

¹⁰ Cfr. Rey Cardós, E., & Sánchez Bacharach, S. (2022). La sociedad debe ser parte del protocolo familiar para su plena eficacia frente a los socios. Recuperado el 15 de febrero de 2023, de <https://www.garrigues.com>.

¹¹ STS 1386/2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386).

De darse tal relación serían varios los matices que se desprenden del llamado protocolo familiar; esto es el “acuerdo de valor moral sin exigibilidad jurídica que actúa a modo de "códigos de conducta" sin valor vinculante”¹².

La segunda es la referente a la vigencia temporal de tales acuerdos, siendo la respuesta a este interrogante que los pactos parasociales no pueden ser perpetuos incidiendo en esta línea la doctrina emanada del Tribunal Supremo¹³..

Sentada la inoponibilidad de los pactos parasociales, sólo resta examinar las posibilidades de actuación de Carla en la esfera contractual, como consecuencia del incumplimiento de lo firmado por parte de María; Ambas son, como es conocido, las partes del aludido pacto parasocial. De entrada, es preciso remitirse a las acciones contenidas en el Código Civil, ya que “la sociedad sigue teniendo personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios”¹⁴.

Entre las acciones que Carla puede ejercitar ante el incumplimiento por María se encuentran las siguientes: (I) la acción de indemnización de daños y perjuicios, (II) la acción de cumplimiento, (III) la acción de remoción, (IV) los medios resolutorios así como (V) los mecanismos de autodefensa¹⁵.

Un problema que suscita la acción de indemnización por daños (I) recogida en el artículo 1101 del CC es el de la difícil cuantificación del perjuicio ocasionado por el incumplimiento de lo acordado por María. De todas maneras, en este caso podría aproximarse el montante a la retribución en concepto de administrador que se pactó.

Además, se cumpliría el requisito de dolo necesario para su ejercicio de tal acción, pues votar en un sentido u otro en la Junta General es un acto plenamente consciente, demostrándose inclusive probado debido a su inscripción en el acta de la Junta Ordinaria.

Hubiese sido aconsejable el establecimiento de una cláusula penal como la regulada en el artículo 1152 del Código Civil, en el momento de la firma del negocio pues serviría de complemento a la indemnización por daños y perjuicios cuando alguna de las partes no realizase lo pactado en el contrato. Lo anterior es un ejemplo de un mecanismo de autodefensa tendente a brindar un extra de protección a los pactos *inter partes*, que no ha sido empleado en el caso entre Carla y María.

De haberse establecido, debería de respetarse lo señalado por la cláusula penal recogida en el artículo 86.1 de la Ley de Sociedades de Capital. En efecto, dicho precepto establece el principio de reserva estatutaria: “*en los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias distintas de las aportaciones, (...) así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento*”.

Las acciones de cumplimiento y remoción recogidas en el artículo 1098 del CC (II, III), presentan arduas complicaciones en su implementación práctica, en gran medida por la imposibilidad de impugnar los acuerdos adoptados por la sociedad y, por tanto,

¹² STS 507/2020 (ECLI:ES:TS:2020:507).

¹³ Cfr. Salas Gómez, L. (2022). Los pactos contenidos en protocolos familiares. Madrid. Recuperado el 15 de febrero de 2023, de <https://www.uria.com>.

¹⁴ SAP León, Sec. 1.ª, 75/2013, de 21 de febrero.

¹⁵ Cfr. Redondo Trigo, F. (2022). Los pactos parasociales y la relatividad contractual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2933-2936.

impidiendo la vuelta a la situación previa al conflicto generado por no respetar lo acordado por María.

Especialmente interesante es en cambio la posibilidad de optar por la resolución contractual contemplada en el artículo 1124 del Código Civil (IV), que estipula que en caso de no cumplir con las obligaciones recíprocas la parte que sí lo haga puede instar a la resolución del contrato, a la que habrá de añadir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Del contenido de dicho precepto se desprende que ha de tratarse de un incumplimiento grave; es decir, “de una obligación esencial y ha de tener tal entidad que frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió”¹⁶.

Además, para poder instar la resolución del negocio jurídico basándose en el incumplimiento contractual que cabe atribuir a María, es necesario que, la parte que lo solicite, -Carla- haya cumplido con sus obligaciones¹⁷.

Los dos requisitos mencionados parece que se cumplen en relación al ejercicio del acuerdo parasocial firmado por ambas socias previo a la constitución de la sociedad. En efecto, se ha incumplido la rotación en el cargo de administradora de la organización que se había pactado y Carla ha cumplido su parte del acuerdo -al votar a María como administradora de la sociedad-.

Sin embargo, para que Carla pueda resolver el contrato debe cumplir con las otras obligaciones estipuladas en tal acuerdo habiendo de proceder para ello a la autorización de la concesión de un préstamo participativo a la sociedad, tal y como estaba recogido. En efecto, Carla no lograría por esta vía la satisfacción de sus pretensiones al ser la entidad un tercero de buena fe, lo que imposibilitaría la resolución del negocio jurídico al poder verse afectados sus derechos con motivo de la resolución del contrato entre María y Carla¹⁸.

Cabe apuntar que los medios resolutorios que ponen fin al acuerdo contractual, no son de mucha utilidad en las presentes circunstancias, ya sea porque no se contemplaron en el momento de la firma o porque no existe en un interés de separación de la sociedad por ninguna de las socias.

En base a lo expuesto en este subepígrafe, cabe concluir que Carla debería de solicitar la indemnización por daños y perjuicios (artículo 1101 del CC) basándose en el incumplimiento de lo firmado por María, no pudiendo llevar a cabo acciones que conduzcan a la resolución del contrato al perjudicar con ello a un tercero de buena fe, la sociedad¹⁹.

¹⁶ STS 631/2007 (ECLI:ES:TS:2007:631).

¹⁷ SAP Sevilla, Sec. 5.ª, 341/2010, de 8 de julio.

¹⁸ El artículo 1124 del Código Civil dispone que: “*la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo*”.

¹⁹ El artículo 1101 del CC establece que “*los daños y perjuicios son el menoscabo que sufre una persona a costa de la actuación de otra*”, comprendiendo de acuerdo con el artículo 1106 del CC “*el valor de la pérdida sufrida y la ganancia que se dejó de obtener*”.

D) Los efectos del pacto entre María y Carla en relación al préstamo participativo

En el presente subepígrafe se abordarán las repercusiones que tiene el acuerdo entre María y Carla respecto al préstamo participativo contraído por la sociedad, analizando si la organización puede exigirles su concesión y consecuentemente convertirlas en sus garantes. Como paso previo, y a fin de una mejor comprensión, se ofrece una definición de los préstamos participativos, así como se estudia tanto el impacto que producen en la subsistencia de la sociedad como las posibilidades de exigirlo.

El concepto de préstamo participativo hace referencia a todo aquel en que el prestamista recibe un interés variable en función de la evolución de la compañía, pudiendo inclusive establecer un tipo fijo retributivo a mayores. Optar por esta singular fuente de financiación conlleva una serie de beneficios, entre los que cabe mencionar su posible deducción fiscal, la de evitar la pérdida de la propiedad de la empresa, el mantenimiento de la independencia en la gestión o la facultad de incrementar el endeudamiento²⁰.

Por contra, la prelación de pago de este tipo de financiación se encuentra supeditada a la totalidad de las restantes deudas, situándose en un posición muy desfavorable en caso de insuficiencia de masa concursal²¹.

Enunciado el concepto y algunas de sus implicaciones, el principio de la relatividad de los contratos del artículo 1257 CC da respuesta al interrogante de si la sociedad está capacitada para exigir a Carla y María el otorgamiento del préstamo participativo. En efecto, tal y como se comentó a lo largo del epígrafe III (A), María y Carla se hallan vinculadas por lo contenido en el negocio jurídico.

Ahora bien, en lo referente a los efectos sobre terceros, Carla y María no pueden oponerle a un convenio societario que sea contradictorio, al no hallarse la entidad vinculada por el acuerdo entre ambas socias. Dicho de otro modo, como la sociedad no es parte de aquel negocio jurídico no puede verse impugnado ningún pacto societario basándose en él, tanto si resulta favorable como si es discordante respecto al contenido del contrato entre María y Carla.

Sin embargo, el artículo 1257.2 del Código Civil establece que “*si el contrato contuviera alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido revocada aquella*”. Ello equivale a que Doseles y Cortinas, S.A tiene la potestad de exigir la autorización para llevar a cabo el préstamo participativo, al cumplirse lo pactado por María y Carla.

Es decir, como se produce una situación de desbalance, al reducirse el patrimonio neto de la sociedad a 3.500.000 euros (frente a los 5.000.000 euros de capital social), las socias deben cumplir lo estipulado en su pacto parasocial y conceder “sendos préstamos participativos” por un valor de 500.000 euros. Cabe matizar que, aunque el montante del préstamo que solicita la sociedad asciende a 900.000 euros, ha de interpretarse que lo

²⁰ Cfr. Gobierno de España. (2022). Detalle del instrumento. Préstamos participativos. Recuperado el 15 de febrero de 2023, de <http://www.ipyme.org/es>.

²¹ Cfr. Vallés Mallén, B. (2019). El préstamo participativo. *CEFLegal*, 26.

pactado en el acuerdo parasocial de atribución cubre esa cantidad con un exceso de 100.000 euros.

Ante una posible reclamación de invalidez del acuerdo por parte de las socias afectadas cabe recurrir al criterio seguido por el Tribunal Supremo en una situación similar, estableciendo que “en caso de haberse previsto tales estipulaciones en el pacto parasocial a favor de la sociedad (los denominados ‘pactos de atribución’, v.gr. concesión de préstamos, prohibición de competencia, etc.), ésta podrá exigir su cumplimiento, conforme a dicha norma, incluso si no fue parte del convenio parasocial”²².

Junto con la sociedad, también existe la posibilidad de que sea cualquiera de las firmantes (Carla o María) la que exija el cumplimiento de lo pactado, tal y como afirma la doctrina mayoritaria argumentando que “el promitente se ha obligado por contrato, frente al estipulante, a ejecutar su promesa frente al tercero”²³.

Por lo tanto, basándose en la buena fe y en las exigencias de seguridad jurídica en las operaciones del tráfico mercantil, cabe poner de manifiesto que el acuerdo firmado por Carla y María las vincula al otorgamiento del préstamo participativo a la sociedad.

IV. Los acuerdos societarios

A) Adopción: procedimiento, requisitos y deber de abstención

En las siguientes páginas se examinarán las formas y requerimientos para la celebración de los acuerdos en el seno de la sociedad, respondiendo al interrogante de si María hubo de abstenerse en los pactos donde accedió al cargo y se fijó su remuneración.

Una primera cuestión que ha de ponerse de manifiesto es el régimen jurídico de la sociedad Doseles y Cortinas, sienta este el correspondiente a una Sociedad Anónima (en adelante S.A.) y presentando sus propias especialidades. Como consecuencia directa de lo anterior, el proceso de adopción de acuerdos societarios ostenta varias reglas que han de cumplirse para que se ajuste a la Ley de Sociedades de Capital, enunciándose en los siguientes párrafos un conjunto representativo de ellas. En particular, se alude al régimen de las mayorías para su aprobación -porcentajes y *quorum*-, los plazos de ejercicio, los posibles conflictos de interés y a la necesidad de llevar a cabo votaciones separadas para determinadas materias.

De acuerdo con el artículo 201 de la Ley de Sociedades de Capital puede observarse que los acuerdos se han de adoptar por la mayoría legal o estatutaria prevista, no pudiendo ser admitida la exigencia de unanimidad. Aplicándolo al caso, y debido a la ausencia de información relativa al régimen estatutario de adopción de acuerdos, cabe presuponer que la decisión tomada en lo referente a la retribución y cargo de administradora está dentro de la legalidad.

Del mismo modo, y habiendo respondido en sentido afirmativo María en ambas situaciones, al votar favor de la retribución Carla y del cargo de administradora Augusta,

²² STS 1386/2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386).

²³ Cfr. Flores, M. (2015). Los pactos parasociales a favor de la sociedad. En Á. J. Rojo Fernández, & A. B. Campuzano (Edits.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán liber amicorum* (págs. 296-300). Valencia: Tirant lo Blanch.

se cumplen los requisitos del artículo 201 (que la mayoría de los votos presentes sean “si” y del 194 (quorum superior al 50% de las acciones presentes) de la Ley de Sociedades de Capital.

Otro inconveniente es el que se tratará en profundidad en el subepígrafe IV (B); es decir, la problemática del artículo 197 *bis* de la LSC, donde se impone que el acuerdo de ratificación de administradores deba votarse separadamente; más concretamente, de forma diferenciada del resto de asuntos que componen el orden del día de la Junta General ordinaria. Por contra, como no se da información respecto a este apartado cabe interpretarse que se realizó conforme a Derecho y, por lo tanto, no cabe impugnar el acuerdo en base a este argumento.

Además, para poder acceder al cargo de administrador el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades de Capital no exige la cualidad de socio, aunque dicho precepto permite que estatutariamente pudiera consagrarse tal requerimiento. Empero, al gozar María de tal cualidad, se siguen cumpliendo los requisitos de capacidad necesarios para su nombramiento.

En lo tocante al plazo durante el que un administrador puede desempeñar su función, de acuerdo al artículo 221.2 de la Ley de Sociedades de Capital es de 6 años, salvo pacto en contra, por lo que no existe la obligación legal de cesar a María en el cargo por este requisito. Con todo, es de importancia dejar expuesto que para el cese del administrador no es necesario alegar causa alguna; de otra forma, no es obligatorio recurrir a un motivo tasado para proceder a la destitución del administrador al ser un cargo basado en la confianza, siendo por ello inválida cualquier causa que limite o condicione lo anterior²⁴.

En cuanto a la remuneración por el cargo de administrador es preciso esclarecer que será gratuito, salvo que los estatutos sociales establezcan otra cosa, tal y como se produjo a la hora de constituir la sociedad Doseles y Cortinas Sociedad Anónima. Sin embargo, y de estipularse una cuantía monetaria, la remuneración debe respetar los límites del artículo 217.4 LSC, debiendo “*guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables*”.

Aunque en un primer momento pudiera ser acorde la retribución de la administradora, pero, con el devenir de la actividad económica de la sociedad a lo largo de los años, la gratificación -de 60000 euros anuales- ha derivado en excesiva y perjudicial para la supervivencia de la entidad al no ser coherente a su situación financiera.

Una vez sentada la base sobre la validez de los acuerdos adoptados por la sociedad Doseles y Cortinas S.A, es necesario responder a si debía haberse abstenido María en el punto del orden del día en el que se acordó su nombramiento como administradora fijándose también la remuneración.

A este respecto, el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital establece las causas en que un socio no podrá ejercer su derecho de voto en la adopción de acuerdos

²⁴ Cfr. Empanza, A. (2022). Los órganos sociales: la junta y los administradores. En T. I. Blanch (Ed.), *Lecciones de Derecho Empresarial* (Vol. 6, págs. 244-261). Valencia.

de la organización. Tales circunstancias son las que se muestran a continuación, y que aluden a que en el acuerdo se pretende:

“a) autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria;

b) excluirle de la sociedad;

c) liberarle de una obligación o concederle un derecho;

d) facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor;

e) dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230”.

Este mismo precepto establece que cuando haya otro posible conflicto de interés, no enumerado en los anteriores, el socio no se encontrará privado de su voto. Sin embargo, de ser este decisivo para la adopción del acuerdo y siendo el pacto relativo al nombramiento o cese en el cargo de administrador (entre otros), deberán soportar los impugnantes la carga de la prueba relativa al perjuicio al interés social.

De este modo, al hallarse la totalidad de los socios en situación de conflicto de intereses no cabe obligar a que ninguno de ellos se abstenga de la votación del acuerdo, ya que nadie actúa en representación del interés social al verse la totalidad de ellos en una posición equiparable²⁵.

Tomando como base la información expuesta, debe responderse que María no debió abstenerse en la votación para el nombramiento del cargo de administradora, al encontrarse en la misma situación que el resto de socias.

Sin embargo, el acuerdo relativo a la remuneración es más complejo, existiendo conflicto de intereses fue clave su voto. Tal pacto trataba la remuneración y no el acceso al cargo de administradora, debiendo demostrar María que no existe un conflicto de interés en la fijación de la retribución.

En esta línea se pronunció el Tribunal Supremo al afirmar que la fijación de una retribución por el cargo de administrador conlleva la concesión de un derecho a un socio. Pero, aplicándolo al caso al surgir “recíprocos derechos y obligaciones para ambas partes (...)” no cabe aplicarse el artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital, existiendo otras sentencias en concordancia con lo anterior²⁶.

De acuerdo con el artículo 190.3 de la LSC María no se encontrará privada de voto, pero deberá probar que, con la fijación de su remuneración, no se lesionará el interés de la sociedad. El fundamento de lo anterior se encuentra en que resultó decisiva su participación para la adopción del acuerdo, por lo que la carga de la prueba recae sobre ella. Es decir, no tiene la obligación de abstenerse, siempre que logre acreditar que no existe un conflicto de interés a la hora de adoptar el acuerdo de establecimiento de la remuneración del cargo.

²⁵ Alfaro, J. (2019). El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses (art. 190 LSC). Recuperado el 15 de febrero de 2023, de <https://almacenederecho.org>.

²⁶ STS 310/2021 (ECLI:ES:TS:2021:310).

Adicionalmente, debe valorarse si concurre el requisito del 204.1 Ley de Sociedades de Capital, que determina si se produjo una lesión del interés social. Sin embargo, la fijación de la retribución en el presente caso no “conlleva una carga económica para la sociedad que (...) favorece de forma desproporcionada a quien controla la mayoría de la sociedad en detrimento de la minoría”²⁷.

Por tanto y para concluir, cabe responder que María no debió abstenerse en la votación relativa al cargo de administradora, pero si debió hacerlo en el relativo a la fijación de la remuneración, salvo que hubiese probado que no existió conflicto de interés.

B) La Impugnación

En los siguientes párrafos se abordará la eventual impugnación de acuerdos en el marco de las sociedades de capital, desde la legitimación para llevarla a cabo hasta los plazos para su ejercicio. Además, se expondrá una línea argumental basada en la inoponibilidad frente a la sociedad de los pactos establecidos al margen de la organización.

De acuerdo con lo explicado en el epígrafe III (B), las partes contratantes se encuentran vinculadas al cumplimiento de lo pactado en el contrato. Sin embargo, este efecto no se expande a Doseles y Cortinas Sociedad Anónima, pues no formó parte del documento firmado entre María y Carla, siendo estas las únicas que deben respetar sus cláusulas y contenido.

La Ley de Sociedades de Capital establece en su artículo 29 la *conditio sine qua non* de que los pactos no sean reservados para poder oponerlos a la sociedad; es decir, el documento firmado el 1 de enero de 2019 no puede servir como base para la impugnación de un acuerdo societario al ser previo a la constitución de aquella.

Cabría alegarse que el pacto de 2019 hubiese sido válido en base al artículo 28 de la LSC si se hubiera incluido en los estatutos a la hora de la constitución de la sociedad. Sin embargo, no se produce tal circunstancia en la presente situación y por ello Carla no podrá impugnar el acuerdo basándose en él.

El artículo 206 de la LSC responde al interrogante de si Carla se encuentra legitimada para impugnar lo acordado por la Junta, siendo la respuesta afirmativa al ser socia con carácter previo a la adopción del acuerdo y ostentar la representación de más de un uno por ciento del capital social.

De vital interés para la resolución del caso que nos atañe es lo desarrollado en el artículo 205 de la Ley de Sociedades de Capital, referente a la caducidad para ejercer la acción de impugnación de los acuerdos adoptados por la sociedad.

Por un lado, ha de establecerse el objeto de impugnación en que se basará la petición, siendo decisivo para valorar la caducidad del plazo de la acción. Dado que la no remoción de un administrador de su cargo no atenta contra el orden público en esta situación y, atendiendo a lo manifestado en el artículo 205.1 de la LSC, el plazo es de un año de caducidad desde la fecha de adopción del acuerdo. De otro lado, resulta relevante la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo. Acudiendo al artículo 205.2 Ley de

²⁷ STS 310/2021 (ECLI:ES:TS:2021:310).

Sociedades de Capital, de su tenor literal se desprende que se inicia en el momento de la adopción del acuerdo por la Junta General Ordinaria del 1 de abril de 2020.

Con base en los argumentos anteriores se llega a la conclusión de que la acción debió ejercerse antes del 1 de abril de 2021 y, al ser una fecha que sobrepasa tal límite, ya no puede llevarse a cabo en el 2022 la pretensión de impugnación del acuerdo social en el que se buscaba remover del cargo a María.

Tratada la legitimación y los plazos de la acción de impugnación es necesario desarrollar las causas en que se puede fundamentar, habiendo de acudir para ello al contenido del artículo 204.1 de la LSC. Entre los motivos se mencionan la contradicción de los estatutos o el reglamento de la Junta que sean contrarios a la ley o que “*lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”. Sin embargo, la mera voluntad de optar por no remover a María como administradora no conlleva una lesión para la sociedad ni un beneficio para el resto de los socios.

La redacción del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital contiene una definición de lesión del interés social, afirmando que “*se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social se impone (...) sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios*”.

Si bien es cierto que Carla podría alegar que el mantenimiento de María como administradora esta lesionando el interés social, la producción de pérdidas en el primer año de una sociedad es una situación que se produce en la mayoría de las ocasiones, en gran medida como consecuencia de los costes fijos derivados del inicio de la actividad empresarial. Además, es preciso evaluar la coyuntura económica en que tiene lugar este escenario, correspondiéndose con la crisis de la COVID19 y, por lo tanto, siendo una realidad sin precedentes y de difícil manejo.

En base a los argumentos expuestos no se cumple el requisito de lesión de los intereses sociales, eliminándose el posible fundamento para la impugnación del acuerdo adoptado. Por tanto, para finalizar este subepígrafe se analizará el contexto en que Carla buscase la cesación de María como administradora, recurriendo a lo firmado por ambas socias en el documento *inter partes* o el llamado pacto parasocial.

En efecto, la jurisprudencia ha venido aceptando la línea argumental basada en la inoponibilidad frente a la sociedad de esta tipología de pactos, tal y como se expuso en el epígrafe III (C). En tal sentido ha recalado que “la mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social.(...) Es preciso justificar que este infringe, además del pacto parasocial, la ley, los estatutos, o que el acuerdo lesione, en beneficio de uno o varios socios o de terceros, los intereses de la sociedad”²⁸.

²⁸ STS 1386/2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386) y su análoga STS 941/2009 (ECLI:ES:TS:2009:941).

V. La ejecución y la exigibilidad por parte del banco del documento firmado por Augusta

A continuación se expondrán las repercusiones de la calificación jurídica del documento enviado por Augusta al banco BBVA, correspondiéndose con un contrato de garantía, cuya principal finalidad es asegurar el cumplimiento de las obligaciones. En primer lugar, y aunque pudiera pensarse que el artículo 1911 del Código Civil logra la satisfacción de lo pactado, establece que “*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”, en el campo de la mercantilidad debido a la falta de confianza entre las partes se hace necesaria la aparición del negocio jurídico de garantía, hallándose la máxima anterior muy limitada.

Una vez sentada la utilidad aseguradora de tales contratos estos pueden desglosarse entre las “garantías reales”, en las que el deudor entrega bienes muebles o inmuebles, y las “garantías personales”, donde una tercera persona se obliga, cuando incumple lo pactado el deudor, a la satisfacción de lo convenido en su lugar²⁹.

De este modo, como el documento que envió Augusta al banco le obliga al pago del préstamo participativo frente un posible incumplimiento por parte de la sociedad, perteneciendo a la segunda de las categorías de garantías anteriormente tratadas -las personales-. Así mismo, esta tipología contractual se subdivide en los llamados avales y en las fianzas, presentando importantes diferencias en cuanto a requisitos formales, ejecución y régimen de responsabilidades que acarrear.

Empezando por sus diferencias, el aval se caracteriza por ser una obligación solidaria, vinculando tanto al deudor como al avalista al pago frente al acreedor. Sin embargo, la fianza tiene un carácter accesorio, debiendo incumplir primero el deudor para poder eventualmente dirigirse frente al fiador. Además, y en contraposición a la fianza, el aval goza de una autonomía respecto a la obligación que garantiza, asumiendo “el garante obligación abstracta e independiente de pagar la obligación del sujeto garantizado”³⁰.

Lo expuesto en el párrafo anterior pone de manifiesto que el aval conservará su validez incluso ante una eventual declaración de nulidad de la obligación que lo motivó. Así mismo, y a diferencia de lo requerido para reclamarle al fiador, lo característico del aval es que el acreedor no tiene que acreditar que “concurren los requisitos que le habilitarían para reclamar al garante, (...) no pudiendo oponer a esta reclamación excepciones que sí podría oponer conforme al art. 1853 CC”³¹.

A modo de ejemplo de lo expuesto, un fiador podría oponer la exigencia de incumplimiento previo de la obligación por el deudor para eludir la satisfacción de la deuda, mientras que el avalista no podría recurrir a tal presupuesto para evitar tener que cumplir con lo pactado³².

²⁹ Gómez López, E. (2021). Las garantías personales en el concurso de acreedores. En A. B. Campuzano Laguillo, *Los contratos en el concurso de acreedores* (pág. 307). Navarra: Civitas.

³⁰ STS 1126/2019 (ECLI:ES:TS:2019:1126).

³¹ Carrasco Perera, A., Codero Lobato, E., & Marín López, J. M. (2022). Garantías personales. *Tratado de los Derechos de Garantía* (Cuarta ed., Vol. I, pág. 337). Pamplona: Aranzadi.

³² Artículo 1853 del Código Civil: “*El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor*”.

Una vez tratadas las características básicas de los contratos de garantía se analizará a continuación cómo se aplican al supuesto práctico, el cual se corresponde con un “aval personal” (o garantías a primera demanda) que obliga a Augusta a la satisfacción del préstamo frente al banco BBVA. Por ello, nos hallamos ante un tipo de contrato al que la jurisprudencia ha atribuido una definición, identificándose con aquellos cuya función “es conseguir la indemnidad del acreedor beneficiario frente al incumplimiento de su obligación contractual por el deudor ordenante”³³.

Tras definirlo, cabe ahondar en su origen, fundamentándose en el principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, atribuyéndose además su carácter mercantil al asegurar el cumplimiento de una obligación de naturaleza análoga, tal y como establece el artículo 439 del Código de Comercio³⁴.

Dentro de las figuras que intervienen en este contrato de garantía a primera demanda destacan: el “avalista” -que garantiza la satisfacción de la obligación contractual-, el “deudor originario” y el “acreedor”. En lo que concierne al supuesto práctico Augusta sería la primera, Doseles y Cortinas S.A. el deudor inicial y el banco BBVA el acreedor del préstamo participativo.

Expuestos los integrantes del contrato, es necesario poner de manifiesto el contenido que debe tener un aval para ser válido. Entre las características principales destacan las siguientes: una clara identificación del marco legal aplicable; la delimitación y concreción de la obligación garantizada; el establecimiento de los plazos de duración, vigencia y exigibilidad del aval; y la necesaria forma escrita³⁵.

Una vez manifestados los requisitos de validez del “aval personal”, se tratará a continuación su existencia y cumplimiento en el caso práctico a estudiar. Primeramente, en cuanto al marco legal aplicable no hay lugar a dudas al encuadrarse este a medio camino entre el Código Civil y el Código de Comercio. Además, el consentimiento del contratante recogido en el artículo 1262 del Código Civil se haya sobradamente cumplido, al exteriorizar Augusta su voluntad de avalar con posterioridad a la concesión del préstamo participativo, por lo que no cabe alegar ninguna imposición abusiva por parte del BBVA al no supeditar la creación de la garantía a la concesión de crédito. Es decir, la entidad financiera ya había concedido el préstamo con anterioridad al envío del documento por la citada socia, por lo que el establecimiento del aval no se fundó en una eventual aprobación de financiación.

En efecto, el citado contrato de aval contiene la manifestación inequívoca y escrita de la voluntad de Augusta para constituirse como garante de la sociedad, cumpliendo también con el requisito de forma establecido para estos negocios³⁶.

³³ STS 1126/2019 (ECLI:ES:TS:2019:1126).

³⁴ Artículo 439 del Código de Comercio: “Será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante”.

³⁵ Cfr. Banco de España. (2020). Avaless y garantías. Recuperado el 15 de febrero de 2023, de <https://clientebancario.bde.es/f/webcb/RCL/ProductosServiciosBancarios/Avaless/Memoria2020Avalessygarantias.pdf>

³⁶ La jurisprudencia ha establecido algunas situaciones en las que se considera abusivo el establecimiento de algunas cláusulas, sirviendo las siguientes a modo de ejemplo: STS 662/2019 (ECLI:ES:TS:2019:662), STS 241/2013 (ECLI:ES:TS:2013:241) o STS 35/2021 (ECLI:ES:TS:2021:35).

Inclusive, y atendiendo a lo establecido en el artículo 1281 del Código Civil, los términos en que se formulan las obligaciones contraídas en el documento son claros y no albergan lugar a dudas. De este modo, Augusta especifica los plazos de duración, vigencia y exigibilidad desde cuándo comienza su vinculación como avalista y, hasta qué punto se compromete en lo relativo a la satisfacción del pago del crédito que ostenta la sociedad frente al BBVA³⁷.

Adicionalmente, y debido a las peculiaridades del presente supuesto, se halla reconocida la validez de la constitución del aval de forma unilateral por parte del avalista, cosa que se produce en el caso práctico objeto de análisis. También contiene una causa válida, siendo esta la de evitar la posible quiebra y liquidación de Doseles y Cortinas Sociedad Anónima, de que Augusta es socia en un tercio del capital social. Por lo tanto, se ven cumplidos todos los requerimientos necesarios para la validez del contrato de aval, pudiendo por ello ser ejecutada la garantía por el BBVA, aunque sería recomendable la elevación del contrato de aval a documento público para que gozase de carácter ejecutivo, facilitando los trámites necesarios para ejercitar el cumplimiento de lo en él pactado

Sentada la validez del aval en documento privado unilateral de Augusta, y, antes de finalizar el epígrafe, se analizarán la particularidad derivados de la posible cualidad de consumidor por el avalista. Para ello, la jurisprudencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha establecido un criterio para diferenciar, en los contratos de avales, la actuación en la esfera privada de aquella producida en el ámbito mercantil. De esta manera, alude a que “en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona (...) una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado”³⁸.

En aplicación de dicho criterio cabe mencionar que, al contar Augusta con un porcentaje del capital social superior al 10% (posee un tercio), su participación se considera significativa al poder influir en el voto de la sociedad. Por lo tanto, no gozará de la aplicación del régimen que contiene la Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU). Establecido lo anterior, el Tribunal Supremo ha matizado el criterio sentado por el TJUE para ser considerado como consumidor, estableciendo que la persona física debe actuar con “un propósito ajeno a su actividad profesional y carecer de vínculos funcionales con la sociedad”³⁹.

Finalmente, al ostentar Augusta la cualidad de socia de Doseles y Cortinas Sociedad Anónima, no gozaría del régimen de protección especial de los artículos 8.1.b de la TRLGDCU, debiendo recurrir para su defensa al régimen jurídico general⁴⁰.

³⁷ Artículo 1281.1 del Código Civil: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”.

³⁸ TJUE C-74/15 (ECLI:EU:C:2015:772).

³⁹ STS 164/2020 (ECLI:ES:TS:2020:164).

⁴⁰ Artículo 8.1.b de la TRLGDCU: “la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”.

VI. Acciones frente al impago de un préstamo bancario

A) Vía civil

En los siguientes párrafos se expondrán las posibilidades de actuación del banco BBVA para recuperar el dinero prestado y los intereses por él generados, ante su posible impago por la sociedad Doseles y Cortinas S.A. Concretamente, en este subepígrafe se tratará las vías de actuación civiles, dejándose para los siguientes las concursales y societarias.

Como primera vía, la entidad financiera podría dirigirse contra Augusta, quien avaló a la sociedad y, tal y como se expuso en el epígrafe V, deberá responder con todo su patrimonio en virtud del artículo 1911 del Código Civil.

En cuanto a la citada sociedad, que es un derecho real de garantía, entendiendo por ello aquellos negocios jurídicos “accesorios de un crédito, que facultan a su titular (acreedor del derecho de crédito garantizado) para pedir la enajenación (o adjudicación) de dicho bien, con el fin de cobrarse el crédito con preferencia sobre otros acreedores del deudor (...) pudiendo gravar bienes muebles”⁴¹.

Otro aspecto relevante es que se trata de una prenda sin desplazamiento de la posesión, al ser la máquina pignorada -recogida en los supuestos de hecho y conformando esta la garantía del contrato de préstamo concedido por el BBVA- por la Sociedad administrada por María un bien mueble que permanece en su posesión. Es decir, la deudora -Doseles y Cortinas S.A.- mantiene en su posesión el elemento que asegura el cumplimiento de lo pactado, no ostentándola el acreedor -el BBVA-⁴².

Una vez definido el contrato de garantía, es necesario analizar si se cumplen los requisitos de validez y las posibles formas de ejercitarla. Para ello, debe acudir a lo estipulado en el Código Civil y en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión. Así mismo, en el artículo 1857 del Código Civil se establecen los requisitos indispensables de la prenda: su constitución para asegurar el cumplimiento de una obligación; la propiedad del bien pignorado; y que se que constituya la prenda sea el deudor y tenga libre disposición.

Todos estos condicionantes se hallan cumplidos en el presente caso, ya que la sociedad es la deudora con capacidad para el establecimiento de la prenda y, esta se establece para garantizar el pago del préstamo del BBVA y sus intereses. En efecto, y al estar garantizado el crédito por un derecho real, la opción más adecuada a utilizar por la entidad financiera en este supuesto sería la ejecución del derecho real de garantía.

A mayores, cabe matizar la capacidad de enajenación de los bienes objeto de prenda contenida en el artículo 1858 del Código Civil, debiendo ser enajenables en el momento del vencimiento de la obligación principal⁴³.

⁴¹ Valbuena, J. A. (2021). Las garantías reales. La prenda. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Ed.), *Manual de Derecho Civil* (7 ed., pág. 345). Madrid: Bercal.

⁴² Véase la STS 845/2017 (ECLI:ES:TS:2017:845) donde se contiene la doctrina del Tribunal Supremo en referencia a la prelación de la prenda sin Desplazamiento en el Concurso.

⁴³ Artículo 1858 del Código Civil: “*es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*”.

En lo referente a las características de este derecho real de garantía destacan su indivisibilidad (artículo 1860 del Código Civil) y su accesoriedad (artículo 1528 del Código Civil), no pudiéndose transmitirse la máquina pignorada de forma autónoma a la obligación de pago de préstamo bancario⁴⁴.

También la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión establece en su artículo 53 que podrá constituirse, sobre *“las máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias”* una prenda sin desplazamiento posesorio⁴⁵.

En la misma línea, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) considera conveniente la inscripción de la prenda sin desplazamiento en el Registro de Bienes Muebles, asegurando así la eficacia frente a terceros a pesar de no ostentar su posesión⁴⁶.

Tras haber establecido la validez y las características de este derecho real tendente a asegurar el pago del crédito bancario, la entidad financiera debería ejecutar la garantía para lograr la satisfacción de la obligación contractual. Por ello, tendría que seguir el procedimiento que establece el artículo 1872 del Código Civil, debiendo *“proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso”*.

Antes de terminar cabe destacar que no procede aplicar el régimen del Real Decreto Ley (en adelante RDL) 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, al no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 7 del RDL⁴⁷.

Por último, de haber sido aplicable su régimen, la exigibilidad y ejecución de la prenda no requeriría la intervención de ningún tercero, tal y como se establece en el artículo 12 del citado RDL. En efecto, *“la parte acreedora podrá solicitar la enajenación de los valores dados en garantía u ordenar su traspaso libre de pago a su cuenta”*, siempre que *“entregará al depositario de los valores un requerimiento en el que se manifieste que se ha producido un supuesto de incumplimiento u otro motivo por el que se resuelve”*.

⁴⁴ El artículo 1860 del Código Civil establece que: *“la prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor”*.

⁴⁵ La Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.

⁴⁶ Resolución 6113/2016 de 31 mayo 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⁴⁷ Acudiendo al artículo 7 del RDL 5/2005, de 11 de marzo puede observarse que: *“El objeto de la garantía financiera que se aporte debe consistir exclusivamente en:*

- a) Efectivo, entendiéndose por tal el dinero abonado en cuenta en cualquier divisa.
- b) Valores negociables y otros instrumentos financieros, según se definen en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y en sus normas de desarrollo, y todo derecho directo o indirecto sobre aquellos.
- c) Derechos de crédito, entendiéndose por tales los derechos pecuniarios derivados de un acuerdo en virtud del cual una entidad de crédito otorga un crédito en forma de contrato de préstamo o de crédito”.

B) Vía societaria

Una vez tratadas las posibles vías civiles de actuación del BBVA, para el cobro del préstamo, se desarrollarán en este subepígrafe las acciones que puede ejercer la entidad financiera en el ámbito societario. Para ello, en los siguientes párrafos se expondrá la responsabilidad de la S.A., y la de sus socios, dejando la posible responsabilidad subsidiaria del administrador de la sociedad para el epígrafe VII.

Tal y como establece la Ley de Sociedades de Capital, y al adoptar la forma jurídica de la Sociedad Anónima, los socios de la entidad deberán responder de las deudas con el límite de su participación en ella. En efecto, esta es la doctrina mayoritaria seguida por el Tribunal Supremo basándose en lo estipulado por la propia ley, para el cual “la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores”⁴⁸.

Por lo tanto, la entidad financiera ha de dirigirse en un primer momento frente a la sociedad, debiendo acudir subsidiariamente a los socios en función a su capital aportado, no pudiendo exceder tal límite.

C) Vía concursal

Junto a las acciones civiles y societarias que puede llevar a cabo el BBVA para recuperar el dinero prestado, el banco también dispone de las herramientas que ofrece el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante LC).

Así las cosas, se debe diferenciar inicialmente entre el régimen de ejecución aplicable a seguir en función de si se ha declarado ya el concurso de acreedores o si, por el contrario, aún no se ha producido tal situación. Para ello, es preciso acudir a lo estipulado en el artículo 145.1 de la Ley concursal (LC), donde se establece que “*desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos*”.

En la misma línea, el artículo 149.1 de la Ley Concursal establece que “*la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso*”.

En efecto, de no haberse dado comienzo al proceso concursal, el banco BBVA podría iniciar la ejecución de la maquina pignorada para asegurar el préstamo concedido a la sociedad Doseles y Cortinas S.A. Sin embargo, la propia Ley Concursal establece en su artículo 56.1 que la ejecución de la garantía en el concurso, “*siempre que tales bienes no estén afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de*

⁴⁸ STS 628/2013 (ECLI:ES:TS:2013:5364).

su titularidad". Por lo tanto, en el supuesto práctico al haberse iniciado el concurso y siendo indispensable para el desarrollo de la actividad de la entidad, deberá de suspenderse la ejecución de la máquina pignorada. En este caso, el orden de prelación de pago que le corresponde en el concurso sería el de los créditos con privilegio especial, tal y como estipula el artículo 270 de la Ley Concursal⁴⁹.

Una vez establecida su categoría dentro de los requisitos que se exigen para la prenda sin desplazamiento destaca el de forma, es decir, que esta garantía se constituya en documento público (artículo 271.3. 2º de la Ley Concursal). Además, en el artículo 155 de la Ley concursal se establece que "*el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos*". Adicionalmente, cabe matizar que la expectativa de cobro se ha de corresponder con el valor que tuviere el crédito originario, y no con la valoración que le corresponda al bien mueble sobre el que recae la garantía⁵⁰.

En efecto, y tras el cumplimiento de los citados requisitos por parte del BBVA en el presente caso, el banco sólo podrá recibir en pago la cuantía del préstamo y sus intereses, no adquiriendo el sobrante monetario que resulte de la venta de la máquina pignorada.

Finalmente, la entidad financiera podrá ejecutar la prenda en caso de no haberse iniciado el concurso de acreedores, disponiendo en caso de no hacerlo y declararse posteriormente el citado proceso de la prioridad de cobro respecto a la totalidad de los créditos a excepción de los llamados "contra la masa" (entendiendo por ellos los derivados de gastos necesarios a consecuencia del propio concurso)⁵¹.

⁴⁹ Artículo 270.1 de la Ley Concursal: "Créditos con privilegio especial: 1.º Los créditos garantizados con hipoteca legal o voluntaria, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados".

⁵⁰ Cfr. Carrasco Perera, Á., Cordero Lobato, E., & Marín López, M. (2022). Enajenación de Bienes Gravados con garantía Real en caso de Concurso. *En Tratado de los Derecho de Garantía* (Cuarta ed., Vol. II, pág. 701). Pamplona: Aranzadi.

⁵¹ Cfr. Campuzano, A. B. (2020). El concurso de acreedores. En M. Á. Alcalá Díaz, *Lecciones de derecho empresarial* (4º ed., págs. 608-610). Valencia: Tirant lo Blanch.

VII. Actos que requieren la adopción por la junta general: la financiación ajena y el endeudamiento

El presente epígrafe se dividirá en tres partes, atendiendo a si el sujeto que pretende la anulación del préstamo bancario del BBVA es Augusta, la propia entidad o Carla. Comenzando por la situación de Augusta, ya que es la persona que presenta una mayor dificultad para impugnar el préstamo, al avalar con una garantía personal no le afectaría su nulidad. En efecto, tal y como se expuso en el epígrafe V, el aval supone una obligación independiente del crédito que garantiza y por ello subsistirá aún en el caso de eventual nulidad de la obligación garantizada⁵².

Por lo tanto, el compromiso de Augusta frente a la entidad financiera sólo puede eliminarse en caso de probar que el banco actuó con mala fe, atacando de esta manera la validez del propio aval. Sin embargo, y a pesar de que el BBVA debería ser concededor de la situación financiera de la organización como paso previo a la concesión del préstamo, no cabe apreciar tal ánimo doloso en sus acciones al buscar la mera continuidad de la empresa. Además, el BBVA no ganaría nada teniendo que ejercitar acciones legales y procesos judiciales, por lo que el argumento de mala fe carece de fundamento y como consecuencia persiste la vinculación de Augusta respecto al pago a la entidad de crédito⁵³.

Una vez concretada la situación de la anterior socia, cabe analizar las posibilidades que tiene la sociedad para evitar asumir el coste financiero que supone el préstamo que se le ha concedido. Primeramente, ha de darse una respuesta al interrogante de si la solicitud del crédito debió haberse sometido a votación por la Junta General, analizando después las posibles acciones tendentes respecto de una eventual nulidad de esta fuente de financiación.

Debe acudirse entonces a las competencias de la Junta General establecidas en el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, entre las que se encuentra la “*disolución, aumento y reducción de capital*”. Esto es justo lo que sucede en el caso a analizar, debiendo haber convocado por ello María -la administradora- a la Junta General por causa de liquidación obligatoria de la entidad. Además, tal y como se recoge en el artículo 363.1 de LSC, la sociedad debe disolverse “*por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso*”.

En efecto, esto se produce en el caso práctico al verse reducido el patrimonio neto de la entidad de 5 a 2 millones de euros. Sin embargo, para evitar una declaración de concurso siempre se puede recurrir a financiación ajena o préstamos participativos, pero contando con el acuerdo de la Junta General y con su convocatoria por el administrador de acuerdo con el 365 de la LSC⁵⁴.

⁵² La STS 2824/2014 (ECLI:ES:TS:2014:2824) recoge que “No puede exigirse la devolución del documento del aval por el hecho de que se haya declarado la nulidad del contrato de compraventa, pues ello supondría la pérdida de su carácter autónomo respecto del contrato subyacente y una condena a futuro”.

⁵³ Véase en este sentido la STS 849/2014 (ES:TS:2014:849).

⁵⁴ El artículo 365.1. de la Ley de Sociedades de Capital establece que: “*Cuando concurra causa legal o estatutaria, los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que*

Adicionalmente, como María no cumplió con el deber expuesto en el párrafo anterior -convocar la Junta General-, se verá sometida al régimen de responsabilidad solidaria establecido en el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, debiendo responder únicamente de las obligaciones acontecidas con posterioridad a la aparición de tal causa de disolución⁵⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia de Tribunal Supremo ha matizado lo establecido por la ley añadiendo una serie de condiciones para poder ejecutar la acción de responsabilidad anterior: “1) la concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad previstas en el artículo 363.1 LSC; 2) la omisión por los administradores de la convocatoria de junta general para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas, o de la solicitud de concurso, o la disolución judicial; 3) el transcurso de dos meses desde que concurre la causa de disolución o desde la fecha de la junta contraria a la disolución; 4) la imputabilidad al administrador de la conducta pasiva; y 5) la inexistencia de causa justificadora de la omisión”⁵⁶.

Al cumplirse en el supuesto de hecho todos y cada uno de los requisitos tratados, tanto la sociedad como Carla (al tener una participación mayor al 5%), podrá solicitar la acción de responsabilidad solidaria del artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital. Así mismo, debe destacarse que la “situación de insolvencia” requerida por la norma no es la real, sino que es la referida al momento en que debió conocerla el administrador, de acuerdo con la diligencia empresarial media y el deber de diligencia del artículo 225 de la LSC⁵⁷.

En efecto, la jurisprudencia también establece que “la obligación debe considerarse posterior a la concurrencia de la causa de disolución”, tal y como se produce en el caso práctico objeto de análisis al ya darse tal condición previo a la concesión del préstamo. Es decir, la solicitud de financiación se llevó a cabo en un momento ulterior a la concurrencia de la causa de liquidación obligatoria de la sociedad⁵⁸.

En base a lo expuesto, la entidad deberá entablar la acción de responsabilidad del artículo 238 de la LSC, ya sea a petición de la propia sociedad o por mediación de solicitud de Carla. Inclusive, el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital permite que “*los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos*”. De este modo se abre la posibilidad de que el banco logre la satisfacción de su crédito dirigiéndose frente a la administradora de la sociedad, siempre basándose en la previa inactividad de los legitimados para su solicitud.

Otro aspecto importante es que la acción de responsabilidad social aún se puede ejercitar al enmarcarse dentro de los límites temporales fijados para ello –en el presente

adopte el acuerdo de disolución. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera causa de disolución”.

⁵⁵ Artículo 367.1 de la LSC: “*Los administradores que incumplan la obligación de convocar la junta general en el (...) responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución*”.

⁵⁶ STS 2387/2019 (ECLI:ES:TS:2019:2387).

⁵⁷ Cfr. Thomson Reuters. (2022). Los Administradores. En *Practicum Sociedades Mercantiles* (págs. 273-293). Pamplona: Aranzadi.

⁵⁸ STS 3016/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3016).

ejercicio sería hasta 2024-, respetando así el plazo de ejercicio de cuatro años establecido en el artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital.

Una vez sentado que la administradora incumplió el deber de convocatoria y se producirá la acción de responsabilidad, cabe analizar si esta causa es suficiente para proceder a la anulación del contrato de préstamo, estableciendo el artículo 71.1 de la Ley de Sociedades de Capital que *“declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”*.

La respuesta ofrecida por la jurisprudencia se posiciona en la línea de la nulidad del contrato de préstamo y del derecho real de garantía que recae sobre la máquina pignorada. Por ello, debido a que la causa de disolución es un requerimiento legal, no puede sino considerarse como no producidos todos aquellos actos de disposición ejecutados por el administrador no legitimado para ello.

Por lo tanto, ambas partes –el BBVA y la sociedad- han de restituirse todo lo entregado en concordancia con lo pactado, debiendo responder María en el caso de que *“hubiera dado lugar al ejercicio de la facultad resolutoria por quien contrató con dicha sociedad, y al nacimiento para esta de una obligación de restitución y, en su caso, de indemnizar los daños y perjuicios, los administradores sociales serían responsables solidarios del cumplimiento de dicha obligación”*⁵⁹.

De este modo, el banco BBVA deberá dirigirse contra la administradora no legítima para la solicitud del crédito y contra Augusta, quien se comprometió con una garantía personal por a la satisfacción de la obligación a fin de evitar males mayores a Doseles y Cortinas S.A.

Finalmente, Carla no podría ejercer la acción de responsabilidad individual del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital al no verse lesionados sus intereses directamente, sino que se ven comprometidos de forma indirecta al someter a la sociedad a una carga financiera sin el consentimiento de la Junta General⁶⁰.

⁵⁹ STS 3016/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3016).

⁶⁰ Esta acción se halla contenida en el artículo 241 de la LSC: *“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.”*

VIII. Conclusiones

En este epígrafe se ofrecerá una respuesta a cada una de las cuestiones recogidas en los antecedentes de hecho basándose en la información expuesta en este trabajo. Para ello, cabe iniciar con la calificación del negocio jurídico entre Carla y María como un “pacto parasocial” -los acuerdos celebrados al margen de los cauces establecidos en el ámbito societario y destinados a regular la sociedad o la elección de los órganos de representación-. Además, es un contrato válido de acuerdo con la doctrina uniforme del Tribunal Supremo y cuyo fundamento se sitúa en el principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del CC)⁶¹. Sin embargo, y a diferencia de los pactos societarios, los parasociales son inoponibles frente a la organización, por lo que no se podría impugnar el acuerdo para no remover a María del cargo de administradora al no ser la entidad parte firmante del pacto⁶². Por contra, Carla podría verse en cierta medida compensada ante el incumplimiento contractual de María -al no respetar el sistema de votos entablado entre ellas-, recurriendo a la indemnización por daños y perjuicios del Código Civil para reparar el perjuicio causado por la insatisfacción de lo acordado (artículo 1101 del CC).

En cuanto al interrogante relativo a si la sociedad ostenta la capacidad para exigir la concesión del préstamo participativo a Carla y a María la respuesta ha de ser afirmativa, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta que los efectos favorables a terceros no firmantes de un contrato han de ser aplicados. Adicionalmente, el artículo 1257.2 del Código Civil establece que en caso de que el contrato contenga “*alguna estipulación favorable a un tercero este podrá exigir su cumplimiento*”, condicionado a que, tal y como sucede en el supuesto práctico, no se haya producido la revocación del contrato por parte del obligado con anterioridad a la aceptación por el beneficiado⁶³.

La siguiente de las preguntas versa sobre el eventual deber de abstención de la administradora en las votaciones para la fijación de la remuneración y la elección de su cargo, evaluando el posible conflicto de interés en las citadas situaciones. Al respecto, debe manifestarse que al hallarse todos los socios en la misma posición ninguno representaba el interés de la sociedad, por lo que su participación no supone en tal acuerdo impedimento alguno. En cambio, en lo tocante a la fijación del salario se establece que este debe ser acorde al panorama que acompañe a la entidad, no pudiendo considerarse excesivo en comparación con la marcha de la compañía (artículo 217.4 LSC). Sentado lo anterior, la respuesta ha de ser que no necesariamente debió abstenerse, pero deberá soportar la carga de la prueba al existir un posible conflicto de interés y resultar su voto decisivo para la adopción del acuerdo.

⁶¹ La STS 616/2012 (ECLI:ES:TS:2012:616) recoge que estos pactos “no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil”, siendo esta una de sus principales ventajas.

⁶² Véase en este sentido la doctrina del tribunal supremo en la STS 1386/2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386), la cual se basa algunos pronunciamientos previos como la STS 659/2016 (ECLI:ES:TS:2016:659), la STS 131/2009 (ECLI:ES:TS:2009:131) o la STS 1136/2008 (ECLI:ES:TS:2008:1136).

⁶³ Cfr. STS 1386/2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386).

El tercer interrogante se corresponde con la calificación jurídica del documento enviado por Augusta al BBVA, se trata de un “aval personal” que actúa a modo de garantía del contrato de préstamo concedido a la sociedad Doseles y Cortinas Sociedad Anónima. Por ello la entidad financiera se encuentra legitimada para exigirle a la citada socia el cumplimiento de la obligación principal y de los intereses.

Las últimas cuestiones tratan, por un lado, de las vías de actuación del banco ante un posible impago del préstamo, y, por otro, sobre la eventual opción de anular el crédito por la Sociedad, Augusta o Carla. En este sentido, y como solución al primer problema, debe señalarse que el camino más rápido del que dispone la entidad financiera para recuperar su dinero es ejecutar el aval frente a Augusta, ya que esta obligación es independiente y persistirá aún en el caso de anularse la garantizada. Sin embargo, de querer dirigirse contra la organización el proceso podría verse dificultado ante una posible declaración de nulidad del contrato, apoyándose en la necesaria aprobación -como en el presente caso- por la Junta General de la petición de fondos⁶⁴. Una vez desarrolladas las vías de recuperación del crédito que dispone el BBVA la situación para la sociedad, Augusta y Carla es muy diferente. En efecto, al haber sido indispensable para la solicitud de financiación externa la adopción de tal acuerdo por la Junta General, por estar incurso en una causa de disolución recogida por la Ley de sociedades de capital, la opción más plausible para lograr la nulidad del préstamo es el ejercicio de la acción de responsabilidad social del artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital, ya sea a través de la propia sociedad o por parte de Carla -la socia que tiene mayor interés en que se anule el crédito-⁶⁵. Sin embargo, Augusta lo tiene más complicado al persistir su obligación con el banco aún en el caso de una eventual nulidad del crédito, ya que el aval supone una obligación autónoma e independiente de la que garantiza⁶⁶.

⁶⁴ De acuerdo con el artículo 160 de la LSC la “*disolución, aumento y reducción de capital*” se encuentran dentro de las competencias de la Junta General, por lo que, al estar en una de las causas de liquidación obligatoria de la entidad recogidas en el artículo 363.1 de LSC -“*por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso*”-, debió de haberse aprobado por el citado órgano y, por ello podría derivar en la nulidad del contrato de préstamo.

⁶⁵ El artículo 239.1 de la LSC establece que “*el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin*”.

⁶⁶ Cfr. STS 1126/2019 (ECLI:ES:TS:2019:1126).

IX. Abreviaturas

CC: Código civil

LSC: Ley de Sociedades de Capital

TS: Tribunal Supremo

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

TRLGDCU: Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

RDL: Real Decreto Ley

LC: Ley concursal

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

RRM: Reglamento del Registro Mercantil

Art.: Artículo

S.A.: Sociedad Anónima

X. Bibliografía

- Alfaro, J. (2019). El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses (art. 190 LSC). Recuperado el 15 de febrero de 2023, de <https://almacenederecho.org>
- Banco de España. (2020). *Avales y garantías*. Recuperado 15 de febrero de 2023, de <https://clientebancario.bde.es/f/webcb/RCL/ProductosServiciosBancarios/Avales/Memoria2020Avalesygarantias.pdf>
- Cámara Carrá, B. (2008). Apuntes a la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*"(3), 113-135. Recuperado el 15 de febrero de 2023, de Dialnet-Apuntes.
- Campuzano, A. B. (2020). El concurso de acreedores. En M. Á. Alcalá Díaz, *Lecciones de derecho empresarial* (4º ed., págs. 608-610). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Carrasco Perera, A., Codero Lobato, E., & Marín López, J. M. (2022). Garantías personales. *Tratado de los Derechos de Garantía* (Cuarta ed., Vol. I, pág. 337). Pamplona: Aranzadi.
- Carrasco Perera, Á., Cordero Lobato, E., & Marín López, M. (2022). Enajenación de Bienes Gravados con garantía Real en caso de Concurso. En *Tratado de los Derecho de Garantía* (Cuarta ed., Vol. II, pág. 701). Pamplona: Aranzadi.
- Emparanza, A. (2022). Los órganos sociales: la junta y los administradores. En T. I. Blanch (Ed.), *Lecciones de Derecho Empresarial* (Vol. 6, págs. 244-261). Valencia.
- Cfr. Flores, M. (2015). Los pactos parasociales a favor de la sociedad. En Á. J. Rojo Fernández, & A. B. Campuzano (Edits.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán liber amicorum* (págs. 296-300). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez López, E. (2021). Las garantías personales en el concurso de acreedores. En A. B. Campuzano Laguillo, *Los contratos en el concurso de acreedores* (pág. 307). Navarra: Civitas.
- Gobierno de España. (2022). Detalle del instrumento. Prestamos participativos. Recuperado 15 de febrero de 2023, de <http://www.ipyme.org/es>
- Martínez Echevarría Ozámiz, P. (2020). Los pactos parasociales en el Derecho español. *Revista general de legislación y jurisprudencia* (56), 413-415.
- Martínez Rosado, J. (2017). Naturaleza jurídica de los pactos parasociales. *Los pactos parasociales*. (pp. 87). Madrid: Marcial Pons.
- Redondo Trigo , F. (2022). Los pactos parasociales y la relatividad contractual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2933-2936.
- Rey Cardós , E., & Sánchez Bacharach, S. (2022). La sociedad debe ser parte del protocolo familiar para su plena eficacia frente a los socios. Recuperado 15 de febrero de 2023, de <https://www.garrigues.com>

- Sáez Lacave, M. (2009). Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces. *InDret*, 5-9.
- Salas Gómez, L. (2022). Los pactos contenidos en protocolos familiares. Madrid. 15 de febrero de 2023, de <https://www.uria.com>
- Valbuena, J. A. (2021). Las garantías reales. La prenda. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Ed.), *Manual de Derecho Civil* (7 ed., pág. 345). Madrid: Bercal.
- Vallés Mallén, B. (2019). El préstamo participativo. *CEFLegal*, 23-29.

XI. Apéndice jurisprudencial

- STS 128/2000 (ECLI:ES:TS:2000:1762)
- STS 631/2007 (ECLI:ES:TS:2007:3411)
- STS 1136/2008(ECLI:ES:TS:2008:1136)
- STS 131/2009(ECLI:ES:TS:2009:131)
- STS 941/2009 (ECLI:ES:TS:2009:941)
- STS 128/2009 (ECLI:ES:TS:128:2009)
- STS 138/2009 (ECLI:ES:TS:138:2009)

- STS 616/2012 (ECLI:ES:TS:2012:616)
- STS 628/2013 (ECLI:ES:TS:2013:5364)
- STS 241/2013 (ECLI:ES:TS:2013:241)
- STS 2824/2014 (ECLI:ES:TS:2014:2824)
- STS 849/2014 (ES:TS:2014:849)
- STS 659/2016 (ECLI:ES:TS:2016:659)
- STS 103/2016 (ECLI:ES:TS:2016:103)
- STS 845/2017 (ECLI:ES:TS:2017:845)
- STS 1126/2019 (ECLI:ES:TS:2019:1126)
- STS 662/2019 (ECLI:ES:TS:2019:662)
- STS 2387/2019 (ECLI:ES:TS:2019:2387)

- STS 507/2020 (ECLI:ES:TS:2020:507)
- STS 120/2020 (ECLI:ES:TS:2020:120)
- STS 164/2020 (ECLI:ES:TS:2020:164)
- STS 3016/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3016)
- STS 35/2021 (ECLI:ES:TS:2021:35)
- STS 310/2021 (ECLI:ES:TS:2021:310)
- STS 1386/2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386)

- TJUE C-74/15 (ECLI:EU:C:2015:772)

- SAP León, Sec. 1.^a, 75/2013, de 21 de febrero.

- SAP Sevilla, Sec. 5.^a, 341/2010, de 8 de julio.

- Resolución 2010/7482 de 24 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Resolución 6113/2016 de 31 mayo 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

XII. Apéndice Legislativo

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil.

- Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

- Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.