



Roj: **STS 507/2020 - ECLI:ES:TS:2020:507**

Id Cendoj: **28079110012020100106**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2020**

Nº de Recurso: **1824/2017**

Nº de Resolución: **120/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 12ª, 06-03-2017 (rec. 677/2016) ,  
STS 507/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 120/2020**

Fecha de sentencia: 20/02/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1824/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/02/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 12

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1824/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 120/2020**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 20 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 87, de 6 de marzo de 2017, dictada en grado de apelación por la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 807/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Majadahonda, sobre acciones de nulidad de negocios de transmisión de acciones y participaciones sociales y reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

Son partes recurrentes D. Narciso y D.ª Mariola, representados por el procurador D. Noel de Dorremocha Guiot y bajo la dirección letrada de D. Daniel Jiménez García.

Son partes recurridas D.ª Milagrosa, D. Roberto, D.ª Noemi, D. Rubén, D. Salvador, D.ª Pilar, D. Sergio, D.ª Rosa, D. Valentín, D.ª Sabina, D. Vidal, D. Jose Manuel, D. Jose Ignacio, D. Jose Pedro, D.ª Sonsoles y D.ª Tania, representados por la procuradora D.ª M.ª de la Paloma Manglano Thovar y bajo la dirección letrada de D. Rubén Montoya Caballero.

Son partes recurridas D. Serafín, D.ª Adoracion, D. Pedro Enrique, D. Marco Antonio y D.ª Amalia, representados por el procurador D. Luciano Rosch Nadal y bajo la dirección letrada de D. Ricardo Astorga Morano y D.ª Soledad Fernández Reyes.

Son partes recurridas D.ª Apolonia, D. Eulalio, D.ª Asunción, D.ª Filomena, D.ª Caridad y D. Alejandro representados por el procurador D.ª Guadalupe Hernández García y bajo la dirección letrada de D. Miguel de Jesús Pareja.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Josefa Gómez Olazábal, en nombre y representación de D. Narciso y D.ª Mariola, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Serafín, D.ª Adoracion, D.ª Apolonia, D. Eulalio, D.ª Milagrosa, D. Imanol, D.ª Noemi, D. Rubén, D. Salvador, D.ª Pilar, D. Sergio, D.ª Rosa, D.ª Tania, D. Valentín, D.ª Sabina, D. Vidal, D. Jose Manuel, D. Jose Ignacio, D. Jose Pedro, D.ª Sonsoles, D. Marco Antonio, D.ª Amalia, D. Pedro Enrique, D.ª Asunción, D.ª Caridad, D.ª Filomena y D. Alejandro, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] conteniendo los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena:

"1.- Se declare que los demandados han incumplido, de forma deliberada y dolosa el denominado protocolo familiar, suscrito en fecha 18 de julio de 1983 y, concretamente, los pactos de dicho acuerdo familiar que se han enunciado en el fundamento de Derecho V.- (ii).- de esta demanda.

"2.- Se declare la obligación de los demandados de cumplir forzosamente dicho protocolo y, concretamente, de respetar y hacer respetar los porcentajes de participación en el accionariado de las empresas que componen el Grupo Zapata estipulados en el susodicho protocolo familiar, así como el derecho de todas las ramas familiares a estar representadas en el órgano de Administración de cada una de ellas, debiendo otorgar cuantos documentos públicos y privados sean necesarios para dejar sin efecto, los contratos de permuta suscritos en fechas 23 de julio de 2013 y 26 de febrero de 2014.

"3.- Se declare la obligación de los demandados de indemnizar, solidariamente entre sí, a mi representado D. Narciso, en la cantidad de 275.640,24 € (doscientos setenta y cinco mil seiscientos cuarenta euros, con veinticuatro céntimos de euros), más los intereses legales desde la fecha de interposición de esta demanda.

"4.- Se declaren nulas y sin efecto y validez jurídica, las escrituras públicas suscritas por los demandados siguientes:

"a) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Norberto González Sobrino, con número 1201 de su protocolo.

"b) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Vicente de Prada Guaita, con número 1169 de su protocolo.

"c) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Carlos de Prada Guaita, con número 923 de su protocolo.

"d) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Fernando Fernández Medina, con el número 1152 de su protocolo.



"e) Escritura de compraventa de participaciones sociales, de donación y de compraventa de acciones otorgada, en fecha 26 de febrero de 2014, ante la Notario D.<sup>a</sup> Almudena Zamora Ipas, con el número 594 de su protocolo.

"f) Escritura de compraventa de participaciones sociales, de donación y de compraventa de acciones autorizada por la notario D.<sup>a</sup> Almudena Zamora Ipas, en fecha 25 de julio de 2014, con el número 2.487 de su protocolo.

"5.- Deberán reintegrarse los demandados el precio y las acciones y participaciones sociales intercambiadas, de modo que sus porcentajes de participación en las empresas del Grupo Zapata vuelvan a ser las que eran antes de formalizar las escrituras públicas declaradas nulas.

"6.- Se imponga el pago de las costas legales a todos los demandados, con expresa declaración de temeridad en su comportamiento".

2.- La demanda fue presentada el 4 de noviembre de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Majadahonda, fue registrada con el n.º 807/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Paloma Manglano Thovar, en representación de D.<sup>a</sup> Milagrosa, D. Imanol, D.<sup>a</sup> Noemi, D. Rubén, D. Salvador, D.<sup>a</sup> Pilar, D. Sergio, D.<sup>a</sup> Rosa, D. Valentín, D.<sup>a</sup> Sabina, D. Vidal, D. Jose Manuel, D. Jose Ignacio, D. Jose Pedro, D.<sup>a</sup> Sonsoles y D.<sup>a</sup> Tania, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- La procuradora D.<sup>a</sup> Sara García-Perrote Latorre en representación de D.<sup>a</sup> Apolonia, D. Eulalio, D.<sup>a</sup> Asunción, D.<sup>a</sup> Caridad, D.<sup>a</sup> Filomena y D. Alejandro, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

5.- El procurador D. Luciano Rosch Nadal, en representación de D. Serafin, D.<sup>a</sup> Adoracion, D. Pedro Enrique, D. Marco Antonio y D.<sup>a</sup> Amalia, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Majadahonda dictó sentencia 189/2015, de 23 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimo la demanda interpuesta formulada por la representación procesal de D. Narciso y D.<sup>a</sup> Mariola, contra D. Serafin y D.<sup>a</sup> Adoracion, D. Pedro Enrique, D. Marco Antonio y D.<sup>a</sup> Amalia, asistidos por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, contra D.<sup>a</sup> Apolonia y D. Eulalio, D.<sup>a</sup> Asunción, D.<sup>a</sup> Caridad, D.<sup>a</sup> Filomena y D. Alejandro, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Sara García Perrote Latorre. Y contra Milagrosa, Imanol, Noemi, Rubén, Salvador, Pilar, Sergio, Rosa, Tania, Valentín, Sabina, Vidal, Jose Manuel, Jose Ignacio, Jose Pedro y Sonsoles, representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Paloma Manglano Tovar.

"Se imponen a cada parte el abono de sus costas y las comunes por mitad".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Narciso y D.<sup>a</sup> Mariola.

2.- La representación de D.<sup>a</sup> Milagrosa, D. Imanol, D.<sup>a</sup> Noemi, D. Rubén, D. Salvador, D.<sup>a</sup> Pilar, D. Sergio, D.<sup>a</sup> Rosa, D. Valentín, D.<sup>a</sup> Sabina, D. Vidal, D. Jose Manuel, D. Jose Ignacio, D. Jose Pedro, D.<sup>a</sup> Sonsoles y D.<sup>a</sup> Tania y la representación de D.<sup>a</sup> Apolonia, D. Eulalio, D.<sup>a</sup> Asunción, D.<sup>a</sup> Caridad, D.<sup>a</sup> Filomena y D. Alejandro se opusieron al recurso. La representación de D. Serafin, D.<sup>a</sup> Adoracion, D. Pedro Enrique, D. Marco Antonio y D.<sup>a</sup> Amalia, se opuso al recurso e impugnó la sentencia.

3.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 12.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 677/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 87, de 6 de marzo de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Narciso y de D.<sup>a</sup> Mariola, representados por el Procurador D. Noel De Dorremochea Guiot, y la impugnación interpuesta por la representación procesal de D. Serafin, D.<sup>a</sup> Adoracion y D. Pedro Enrique, D. Marco Antonio y D.<sup>a</sup> Amalia, contra la sentencia de fecha 23/12/2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Majadahonda, en autos de Juicio Ordinario n.º 807/2014, y procede:

"1.º Confirmar íntegramente la expresada resolución.



"2.º Imponer a los recurrentes vencidos y a los impugnantes las costas ocasionadas en la sustanciación de sus respectivos recursos de apelación e impugnación en esta alzada".

**TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

1.- El procurador D. Noel de Dorremochea Guiot, en representación de D. Narciso y D.ª Mariola, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Primero.- Por vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE (art. 469.1.4.º LEC) y, particularmente, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 de la CE, lesión que se ha producido a juicio de esta parte, por la interpretación ilógica e irrazonable de la prueba documental practicada en el juicio así como por incurrir en error notorio en la valoración de dicha prueba".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se denuncia la infracción de los artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil que regulan la resolución contractual por incumplimiento y que eran de aplicación para resolver las cuestiones objeto de controversia.

"Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 1281, párrafos primero y segundo del Código Civil, en relación con los artículos 1.281, 1.282 y 1.285, todos del Código Civil, reguladores de la interpretación de los contratos.

"Tercero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se denuncia la infracción del artículo 7.1 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que decreta la inadmisibilidad del ir contra los actos propios.

"Cuarto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se denuncia la infracción de los artículos 1.275 y 1.306 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre el contrato en daño de tercero".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de septiembre de 2019, que no admitió el recurso extraordinario por infracción procesal, admitió el recurso de casación y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Los procuradores D.ª M.ª de la Paloma Manglano Thovar, D.ª Guadalupe Hernández García y D. Luciano Rosch Nadal, en las representaciones que respectivamente ostentan se opusieron al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de febrero de 2020, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.- Los antecedentes del conflicto entre las partes se remontan a la fundación del grupo familiar Zapata, creado por D. Horacio. En los años setenta se incorporaron a la gestión del grupo D. Serafin y D. Narciso (sus hijos varones).

2.- El 18 de julio de 1983 se suscribió un protocolo familiar entre todos los hijos del señor Horacio, denominado "Convenio de Directrices, Relaciones y Coeficientes de Participación del Grupo Económico Zapata" con objeto de regular, según la terminología empleada en la demanda, "las reglas de contenido moral y jurídico a las que se someterían a partir de entonces las relaciones con la empresa, con la finalidad de garantizar la supervivencia y continuidad de la empresa en el futuro y la armonía y convivencia entre los distintos grupos de accionistas". En dicho documento, en lo que ahora importa, se procedía a repartir y adjudicar las participaciones societarias de las sociedades integradas en grupo del siguiente modo: D. Serafin recibiría el 28% de las acciones y participaciones, D. Narciso el 26 %, y las otras dos hermanas, D.ª Apolonia y D.ª Milagrosa, un 23 % cada una de ellas.

3.- El grupo empresarial, compuesto de varias sociedades, mantuvo su capital distribuido en los porcentajes antes indicados, hasta que varios de los hermanos (sin intervención de los demandantes) decidieron proceder a la celebración de las permutas, compraventas y donaciones de las acciones y participaciones sociales que ahora se pretenden anular, y que son en concreto las siguientes:



- "a) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Norberto González Sobrino, con número 1201 de su protocolo.
- "b) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Vicente de Prada Guaita, con número 1169 de su protocolo.
- "c) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Carlos de Prada Guaita, con número 923 de su protocolo.
- "d) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Fernando Fernández Medina, con el número 1152 de su protocolo.
- "e) Escritura de compraventa de participaciones sociales, de donación y de compraventa de acciones otorgada, en fecha 26 de febrero de 2014, ante la Notario D.<sup>a</sup> Almudena Zamora Ipas, con el número 594 de su protocolo.
- "f) Escritura de compraventa de participaciones sociales, de donación y de compraventa de acciones autorizada por la notario D.<sup>a</sup> Almudena Zamora Ipas, en fecha 25 de julio de 2014, con el número 2.487 de su protocolo.

**4.-** Los Sres. Milagrosa Narciso Serafin Apolonia y Mariola , interpusieron una demanda contra los Sres. que han quedado reseñados en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interesando los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena: 1.º Se declare que los demandados han incumplido, de forma deliberada y dolosa el denominado protocolo familiar, suscrito en fecha 18 de julio de 1983. 2.º Se declare la obligación de los demandados de cumplir forzosamente dicho protocolo y, concretamente, de respetar y hacer respetar los porcentajes de participación en el accionariado de las empresas que componen el Grupo Zapata estipulados en el susodicho protocolo familiar, así como el derecho de todas las ramas familiares a estar representadas en el órgano de Administración de cada una de ella, debiendo otorgar cuantos documentos públicos y privados sean necesarios para dejar sin efecto, los contratos de permuta suscritos en fechas 23 de julio de 2013 y 26 de febrero de 2014. 3.º Se declare la obligación de los demandados de indemnizar, solidariamente entre sí, a mi representado D. Narciso , en la cantidad de 275.640,24 € [...], más los intereses legales desde la fecha de interposición de esta demanda. 4.º Se declaren nulas y sin efecto y validez jurídica, las escrituras públicas suscritas por los demandados reseñadas en el anterior apartado de este fundamento jurídico. 5.º Deberán reintegrarse los demandados el precio y las acciones y participaciones sociales intercambiadas, de modo que sus porcentajes de participación de las empresas del Grupo Zapata vuelvan a ser las que eran antes de formalizar las escrituras públicas declaradas nulas. 6.º Se imponga el pago de las costas legales a todos los demandados.

**5.-** La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar que: (i) el documento cuya vulneración se denuncia no integra un negocio fiduciario, sino una declaración de intenciones sobre cómo debe regirse el grupo empresarial familiar, que si bien prevé algunas consecuencias jurídicas en determinadas cuestiones (por ejemplo, en caso de infringir la prohibición de concurrencia), las omite en otras materias; (ii) en particular respecto del reparto de las acciones y participaciones de los padres, se asemeja a un pacto sucesorio, forma de sucesión que no contempla el art. 658 del Código Civil y proscribe el art. 1271 al disponer que "... sobre la herencia futura no se podrá sin embargo celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056..."; (iii) además el pacto contenía una cláusula octava en virtud de la cual "se firma el presente Convenio como ratificación del compromiso moral y de honor de cumplirlo y hacerlo cumplir en todo su contenido para conseguir la mejor cohesión del grupo Zapata, y llevar adelante los negocios y relaciones familiares con el talante de concordia, honradez y laboriosidad que nuestros padres han tratado siempre de infundirnos", apelación al honor y al compromiso moral que no tiene el alcance de una prohibición o limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, cuyo régimen es el propio de las sociedades capitalistas; (iv) en consecuencia los criterios de reparto de las acciones y participaciones fijados en el convenio del año 1983 no se traducen en un sistema de participación conjunta, sino que son más bien un desiderátum de que las empresas se mantuvieran unidas en el mismo grupo y como sistema de reparto de acciones y toma de decisiones conjunto con vocación de ir incorporando a miembros de las diferentes ramas de la familia; (v) de todo ello no se desprende que la causa de los diferentes negocios de permuta sea ilícita ni su finalidad la defraudación, sino que su finalidad era modificar la configuración del patrimonio familiar, desbancando al demandante del control de determinadas sociedades, cosa que, a la vista de lo razonado no puede entenderse contrario a derecho ni estrictamente contrario al pacto de 1983.

**6.-** Recurrida la sentencia de primera instancia por los Sres. Milagrosa Narciso Serafin Apolonia y Mariola , la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, entendiendo que estamos ante una cuestión estrictamente jurídica relativa a la interpretación del protocolo familiar de 1983, y confirma la interpretación del protocolo familiar hecho por el juzgado de primera instancia, incidiendo en los siguientes aspectos: (i) se trata de un convenio hecho en previsión de la futura sucesión de la empresa familiar que si bien excede de un



mero acuerdo moralmente exigible (y de hecho la distribución de coeficientes se mantuvo en cumplimiento de lo pactado no sólo tras la muerte de los padres y abuelos de los litigantes, sino también durante muchos años más, cumpliéndose así el compromiso respecto de una sucesión ordenada tras el fallecimiento de la primitivos titulares de las sociedades); (ii) sin embargo, dichos criterios de reparto del capital social de las distintas sociedades del grupo no obligan a un mantenimiento perpetuo de dichos coeficientes, lo que sería contrario a la ley; (iii) el protocolo familiar no incluye ninguna prohibición de transmisión de acciones y participaciones por sus titulares, por lo que los distintos negocios impugnados de permuta, compraventa y donación de acciones son válidos al no estar prohibidos por la ley ni por el convenio; (iv) tampoco impone el protocolo la imposibilidad de cesar a los consejeros; (v) que no se ha acreditado que en los citados negocios transmisivos concurra causa ilícita, pues su finalidad fue la modificación de la configuración del patrimonio familiar; y (vi) en cuanto a la alegación de los demandantes relativa a la doctrina de los actos propios y su vulneración al no aplicarla la sentencia de primera instancia respecto de la conducta de los demandados, la Audiencia señala que los propios apelantes intentaron solventar la crisis del grupo de empresas familiar, primero mediante la escisión de sociedades y, después, por su propia iniciativa de comprar o vender participaciones de otros hermanos en las empresas familiares a través de su hijo.

**SEGUNDO.- Recurso de casación. Formulación de los motivos primero y cuarto. Planteamiento y admisibilidad.**

#### 1.- Planteamiento.

El primer motivo se formula al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1.124 y 1.101 del Código civil, en relación con la resolución contractual por incumplimiento.

En el desarrollo del motivo, en resumen, se sostiene que la sentencia de la Audiencia desestima la declaración de incumplimiento contractual y resarcimiento de daños y perjuicios ejercitada en la demanda, afirmando que, aunque el protocolo familiar tiene valor jurídico, no existía en dicho protocolo una cláusula específica que prohibiera la alteración de los coeficientes de participación de los socios en las empresas y, por tanto, los demandados no incumplieron el convenio familiar vigente desde 1983. Pero en contradicción con dicho aserto, la sentencia afirma que la conducta de los demandados implica que no se cumpla con la finalidad perseguida por los otorgantes del protocolo y conlleva la ruptura del espíritu de concordia y funcionamiento previsto por la familia en el momento de su suscripción.

Al pronunciarse de este modo la sentencia, según los recurrentes, habría reconocido un verdadero incumplimiento contractual, puesto que es precisamente la intención de las partes, la que determina cuál es el contenido de las obligaciones pactadas en un contrato.

El cuarto motivo del recurso, al amparo del art. 477.1 LEC, denuncia infracción de los arts. 1.275 y 1.306 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre el contrato de daño de tercero.

En el desarrollo del motivo, resumidamente, se alega que la sentencia recurrida no profundiza y razona sobre la consecuencia jurídica del hecho de que los intervinientes en las escrituras de permuta, suscribieran dichos documentos sabiendo que con ellos se erradicaban los derechos otorgados por el protocolo a una de las ramas familiares, y que la obtención de la mayoría de control en las sociedades por los socios permutantes tenía como efecto que dicho protocolo quedaba derogado de *facto*, privando a todos los contratantes de las facultades y derechos que el mismo les concedía.

Los recurrentes entienden que tal finalidad era ilícita e inmoral porque suponía dañar, de una forma consciente, los intereses de un tercero (los aquí recurrentes) reconocidos en un contrato (protocolo familiar), por lo que debió estimarse que la causa de tales contratos de permuta era ilícita. Consideran que nos encontramos ante un conjunto de contratos (los contratos de permuta suscritos por todos los demandados), claramente realizados en daño de tercero en los que las partes contratantes concertaron su voluntad negocial con el específico propósito de infringir el protocolo familiar (contrato previo) y lesionar de este modo los intereses y derechos que el mismo otorgaba la familia Marcos, causando a sus miembros un evidente perjuicio jurídico. A su juicio resulta evidente que la mayor parte de las cláusulas del protocolo dejaron de tener sentido alguno tras la firma de las permutas porque el mismo estaba diseñado para que ninguno de los grupos societarios familiares tuviera mayoría en las empresas familiares y, por tanto, ninguno de ellos pudiera imponer su voluntad al resto, siendo necesario para cualquier decisión relevante el consenso de los distintos grupos. En definitiva estiman que los contratos de permuta presentan causa ilícita constitutiva de causa torpe ( art. 1306 CC), lo que acarrea una nulidad que opera *ipso iure*.

Ambos motivos tienen una evidente relación de conexidad al estar íntimamente relacionadas con la naturaleza y eficacia obligatoria del protocolo familiar cuya declaración de incumplimiento se postula, por lo que los abordaremos conjuntamente

#### 2.- Admisibilidad del motivo.



Con carácter previo al estudio del fondo de los citados motivos debemos analizar los óbices de inadmisibilidad planteados respecto del primero por la representación procesal de los recurridos Sres. Narciso , Adoracion , y Amalia . Alega dicha representación, en primer lugar, que este primer motivo se basa en la denuncia de la infracción de dos preceptos de carácter genérico ( arts. 1124 y 1101 CC). Esta alegación ha de rechazarse por los siguientes motivos.

El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso ( art. 477.1 LEC), si bien no cabe a tales efectos "la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo, ni la cita de preceptos de carácter genérico que pueda comportar ambigüedad o indefinición", con la consecuente indefensión para la parte contraria (vid. el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 27 de enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal). En este sentido, dice la sentencia núm. 1040/2007, de 4 octubre (en ese caso con referencia a los artículos 1091, 1255 y 1256 del Código Civil) que los preceptos de carácter genérico "no resultan aptos para fundar por sí un recurso de casación por infracción de ley, pues la indicada naturaleza les priva de la posibilidad de ser citados por sí solos como vulnerados a no ser que se relacionen con otros más específicos"; y añade que su admisión como fundamento del motivo "permitiría una impugnación abierta contraria a la propia naturaleza de la casación que no constituye una tercera instancia". Esta misma doctrina se reitera, entre otras muchas, en la Sentencia núm. 43/2014 de 5 febrero.

Ahora bien, dicha limitación no tiene carácter absoluto, sino que está excluida tanto en los casos en que la cita de tales preceptos de carácter genérico vaya acompañada de la de otros preceptos que sean homogéneos con aquél y de carácter más específico, como en aquellos otros en que el objeto de la controversia se refiera a relaciones jurídicas atípicas, como sucede en el caso de los contratos innominados y carentes de tipificación legal, que obligue por ello mismo a acudir al amparo de normas generales del derecho de las obligaciones y de los contratos, y en las que los términos del debate planteado en el recurso sean lo suficientemente precisos y delimitados o, dicho en otros términos, carentes de ambigüedad e indeterminación. Esto es lo que sucede en el presente caso en el que el objeto de la controversia (cumplimiento/incumplimiento del protocolo familiar, y validez/nulidad de los negocios dispositivos sobre las acciones y participaciones de las sociedades del grupo familiar) está perfectamente identificado.

**TERCERO.-** *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.*

**1.-** *Intangibilidad de la base fáctica del recurso. Falta de prueba de la ilicitud de la causa de los contratos de permuta y compraventa de acciones y participaciones sociales.*

Los dos motivos, que resolvemos conjuntamente, deben ser desestimados por las razones que se exponen a continuación.

El recurso, en lo que se refiere a estos motivos, se basa en una doble premisa: 1º la existencia de una obligación jurídicamente vinculante derivada del protocolo familiar que impedía celebrar negocios jurídicos de transmisión de las acciones y participaciones sociales incompatibles con el mantenimiento de los porcentajes asignados a cada rama familiar con arreglo al reiterado protocolo familiar en el capital social de las respectivas sociedades integradas en el grupo (motivo primero); y 2º la existencia de una causa ilícita en los impugnados contratos de compraventa y permuta de acciones y participaciones sociales al haberse celebrado en contradicción con la aludida obligación y con el específico propósito de causar un daño a los demandantes (motivo cuarto).

Ninguna de estas premisas puede mantenerse en esta sede. Comenzamos por la enunciada en segundo lugar por tropezar con una causa de improsperabilidad relacionada con el ámbito funcional del recurso de casación.

La pretensión de los recurrentes en este punto incurre en petición de principio al alterar la base fáctica del proceso, en contra de la exigencia de que "los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida" ( sentencia 484/2018, de 11 de septiembre). No lo hace así el recurso aquí examinado cuando afirma que las reiteradas operaciones de compraventa y permutas de acciones y participaciones sociales se hicieron con el específico propósito de causar un perjuicio jurídico a los demandantes, considerando que nos encontramos por ello ante la figura del contrato en daño de tercero.

Invoca al efecto el recurso la sentencia de esta sala núm. 576/2013 de 11 octubre, en la que dijimos:

"[...] debe señalarse que en el presente caso, conforme a la prueba practicada, nos encontramos ante la figura del denominado contrato en daño de tercero en la que ambos contratantes concertaron su voluntad negocial con el específico propósito de perjudicar la adquisición del primer comprador, no inscrita, mediante la realización de una segunda venta que formalmente posibilitase su inscripción registral. Desde esta perspectiva o calificación jurídica, cuando el propósito de las partes se concierta en orden a ocasionar un daño, el contrato indisolublemente presenta una causa ilícita constitutiva de causa torpe ( artículo 1306 del Código Civil ) que



acarrea su nulidad. Nulidad o ineficacia estructural que no solo puede ser ejercitada en toda su extensión por el tercero perjudicado, sino que también se diseña con un régimen específico en orden al efecto restitutorio que provoca la nulidad y a la posible eficacia obligacional resultante, de forma que se exceptiona la primera (ninguno de los contratantes podrá repetir lo que hubiese dado o entregado), y se anula la segunda (ninguno de los contratantes podrá reclamar el cumplimiento de la contraprestación ofrecida), artículo 1306, regla 1ª; ente otras, SSTS de 25 de enero de 2013 (RJ 2013, 1264) (núm. 21, 2013) y 25 de febrero de 2013 (núm. 58, 2013)",

Pero esta sentencia no resulta extrapolable a la presente litis pues falta la base factual que la soporta. Del fragmento transcrito de la citada resolución se desprende claramente que el concierto de la voluntad de las partes con el "específico propósito de perjudicar" a un tercero resultaba de "la prueba practicada". No ocurre así en el presente caso, en el que la inferencia que alcanza la sentencia recurrida, a la vista de la prueba practicada, es que no concurre la citada intención de causar un daño a los demandantes, por lo que descarta la denunciada "ilicitud de la causa en el movimiento accionarial llevado a cabo por las operaciones de permutas y compra ventas, que lo único que muestran es la modificación de la configuración del patrimonio familiar permitido por la ley societaria".

Descartada la concurrencia de ilicitud en la causa, no cabe aplicar la doctrina sobre el contrato en daño de tercero en que se basa el cuarto motivo del recurso.

Con ello dejamos los términos del debate reducidos al presupuesto en que se funda el primer motivo del recurso, esto es, el presunto incumplimiento del protocolo familiar, en base al cual consideran los recurrentes infringidos los arts. 1.124 y 1.101 CC.

## **2.- La validez y el carácter vinculante del protocolo familiar como pactos parasociales. Reconocimiento legal y jurisprudencia de la Sala.**

Las sentencias de esta Sala 128/2009 y 138/2009, ambas de 6 de marzo, y más recientemente la sentencia 103/2016, de 25 febrero, definieron los pactos parasociales como aquellos 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, y afirmaron que "son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad". Esta consideración como negocios jurídicos válidos se ha sostenido reiteradamente en la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre de 1.961, 10 de noviembre de 1.962, 28 de septiembre de 1.965, 24 de septiembre de 1.987, 26 de febrero de 1.991, 10 de febrero de 1.992, 18 de marzo de 2.002, 19 de diciembre de 2.007 y 10 de diciembre de 2.008).

Como declaran las citadas sentencias 128/2009 y 138/2009, diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico hacen referencia a estos pactos, en lo que aquí interesa, los arts. 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre) y 11, apartado 2, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (aplicables *ratione temporis* a los recursos resueltos en las dos primeras sentencias citadas), correlativos al actualmente vigente art. 29 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en el que, bajo el título "pactos reservados", se recoge el texto de los preceptos antes mencionados, que es el siguiente: "Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad".

Con ello quedó definitivamente superado el régimen prohibitivo que establecía el art. 6 de la *Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951*, el cual declaraba la nulidad de este tipo de pactos. Este régimen legal cambió con el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y con la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada que, al igual que hace el actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no prevé la nulidad sino la inoponibilidad a la sociedad de tales pactos reservados.

Sobre tal base legal las sentencias citadas parten de la validez de los citados pactos. Validez que, siguiendo la línea jurisprudencial reseñada, presuponen igualmente las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) que se han ocupado del tema. Así las Resoluciones de 24 de marzo de 2010 y de 5 de junio de 2015 han admitido la posibilidad y validez de dichos pactos parasociales, indicando:

"se fundamentan en la existencia de una esfera individual del socio diferenciada de la propiamente corporativa, de manera que, en el ámbito de la primera, puede llegar a establecerse vínculos obligatorios con otros socios sobre cuestiones atinentes a la compañía, sin modificar el régimen estrictamente societario y al margen de él [...]".

Por lo que se refiere a la figura o modalidad de pactos parasociales denominado "protocolo familiar" (sin perjuicio de la amplitud y heterogeneidad que presenta su contenido en la práctica negocial, integrados frecuentemente no sólo por estipulaciones jurídicamente vinculantes, sino también por declaraciones y





acuerdos de valor moral sin exigibilidad jurídica que actúan a modo de "códigos de conducta" sin valor vinculante o "gentlemen's agreements"), ha sido reconocida normativamente no sólo su validez sino también su posible publicidad registral, a través de un régimen específico integrado por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que define tales protocolos, a los efectos de su acceso al Registro Mercantil, como "aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad".

El art. 114.2.a) del Reglamento del Registro Mercantil da cobertura a la posibilidad de que tales pactos protocolares puedan gozar de eficacia en el ámbito corporativo de la sociedad anónima a través de la inscripción de "cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares". Además, como señala la Resolución DGRN de 26 de junio de 2018:

"en el ámbito doctrinal, se admite que la eficacia de los pactos parasociales y, en concreto de los protocolos familiares, se asegure frente a la sociedad y los terceros, en el ámbito del ordenamiento corporativo, mediante determinados remedios estatutarios, uno de los cuales es [...] la configuración de la obligación de cumplir el protocolo familiar como una prestación accesoria, de modo que su incumplimiento se sancione con la exclusión del socio incumplidor".

Ahora bien, esta validez y eficacia de los pactos parasociales incluidos en un protocolo familiar está condicionada al respecto de ciertos límites legales. En concreto, la *sentencia 616/2012, de 23 de octubre*, precisó que estos pactos, en lo referente a su validez, "no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias -de ahí gran parte de su utilidad- sino a los límites previstos en el *artículo 1255 del Código Civil*", límites sobre los que luego volveremos. Pero previamente, a fin de delimitar la cuestión, debemos aclarar la correlación entre los pactos parasociales, los estatutos de la sociedad y los acuerdos sociales cuando estos tres elementos no estén alineados.

### **3.- Los acuerdos sociales contrarios a los pactos parasociales no incorporados a los estatutos sociales.**

Como ha destacado la doctrina especializada, con frecuencia el protocolo familiar actúa como una suerte de "contrato marco", de forma que el protocolo carecería de virtualidad efectiva sin los correspondientes negocios de ejecución de sus previsiones, negocios que pueden ser familiares (v.gr. capitulaciones matrimoniales), sucesorios (testamentos o pactos sucesorios) o propiamente societarios (modificación de estatutos).

Presupuesta la validez de los pactos parasociales, el problema que se plantea con más frecuencia es su eficacia cuando tales pactos no se trasponen o ejecutan a través de los correspondientes negocios o mediante, en su caso, su incorporación a los estatutos sociales. En este último caso, el conflicto surge por la existencia de dos regulaciones contradictorias, la que resulta de los estatutos (o de las previsiones legales supletorias para el caso de ausencia de previsión estatutaria específica) y la establecida en los pactos parasociales, no traspuestos a los estatutos, ambas, en vía de principios, válidas.

Este es precisamente el caso del presente supuesto en el que los estatutos no constan adaptados al contenido de los compromisos protocolares, a través de las correspondientes reglas limitativas a la libre disponibilidad de las acciones y participaciones sociales, lo que determina que las previsiones del protocolo tengan, en principio, una limitada eficacia interna entre socios, como pacto parasocial.

Tampoco consta que se les haya atribuido eficacia "ad extra" mediante su publicidad a través del Registro Mercantil. Publicidad, limitada en el caso de la prevista en los arts. 5 y 6 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, y plena en el supuesto contemplado en el art. 7 de este último, esto es, respecto de los acuerdos sociales inscribibles que se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en cuyo caso "en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública". Por ejemplo en el caso de la previsión estatutaria sobre prestación accesoria consistente en la obligación de cumplir un concreto protocolo familiar con un determinado contenido ( arts. 21 C.Com, 86 a 89 LSC, y 7 y 187.1 RRM).

Los problemas derivados de esta contrariedad (entre estatutos y protocolo) resultan más acusados cuando el pacto parasocial ha sido adoptado por todos los socios que lo siguen siendo cuando se plantea el conflicto (el denominado "pacto omnilateral").

Ante esta contradicción, la jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo que la mera infracción del convenio parasocial de que se trate no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado ( *sentencia 138/2009, de 6 de marzo*, y las allí citadas). Por ello cuando se ha pretendido impugnar un acuerdo social,



adoptado por la junta de socios o por el consejo de administración, por la exclusiva razón de que es contrario a lo establecido en un pacto parasocial, esta Sala ha desestimado la impugnación. Para estimar la impugnación se requeriría que concurrentemente la infracción del pacto parasocial fuese acompañada simultáneamente de una vulneración de la ley o de los estatutos, o bien de una lesión, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, de los intereses de la sociedad.

Así se declaró en la sentencia 138/2009, de 6 de marzo:

"Sin embargo, no se trata de determinar si el litigioso convenio, al que llegaron los socios fuera de los cauces establecidos en la legislación societaria y en los estatutos, fue válido ni cuáles serían las consecuencias que de su alegado incumplimiento se pudieran derivar para quienes lo hubieran incumplido. Lo que el recurso plantea es la necesidad de decidir si el acuerdo adoptado en el seno del órgano social puede ser declarado nulo o anulado por contravenir, si es que lo hace, lo pactado por los socios en aquella ocasión.

"Y la respuesta debe ser negativa a la vista de los términos en que está redactado el artículo 115.1 del referido Real Decreto 1.564/1.989 - aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2/1.995 -, ya que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

"Consecuentemente, la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado - *sentencias de 10 de diciembre de 2.008 (RJ 2009 , 17 )* y 2 de marzo de 2.009 -".

En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias 1136/2008, de 10 de diciembre, 128/2009, de 6 de marzo, y 131/2009, de 5 de marzo.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la intervención, cuando proceda, de las limitaciones que a la validez y eficacia de los referidos acuerdos sociales suponen las exigencias derivadas de la buena fe y del abuso del derecho. Por ello, algunas sentencias anteriores tuvieron en cuenta las particularidades que presentaba el caso enjuiciado para aplicar alguna de las cláusulas generales que sirven para evitar que la mera aplicación de ciertas reglas concretas del ordenamiento pueda llevar a un resultado que repugne al más elemental sentido jurídico.

Ahora bien, estos mecanismos (la buena fe, en sus distintas manifestaciones -actos propios, levantamiento del velo-, el abuso del derecho) no pueden utilizarse de una forma injustificada, sino que ha de atenderse a la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico. Así ocurrió en el caso resuelto por la sentencia 103/2016, de 25 de febrero, que no consistía en la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto parasocial, sino precisamente en el supuesto inverso: con la adopción de los acuerdos sociales impugnados se daba cumplimiento a un acuerdo parasocial, omnilateral, consistente en que el titular de ciertas acciones y participaciones sociales en sendas sociedades al transmitir las a sus hijos se reservaba no sólo el usufructo vitalicio sobre las mismas sino también el derecho de voto derivado de dichas acciones y participaciones sociales, y en el cómputo de votos para la aprobación de los acuerdos se tuvo en cuenta el voto emitido por dicho usufructuario.

La impugnación se basaba en que dichos pactos parasociales no se recogieron en los estatutos sociales, estatutos que seguían previendo que en caso de usufructo de participaciones la cualidad de socio (y por tanto el derecho de voto) reside en el nudo propietario (en el caso de la sociedad anónima los estatutos no contenían previsión alguna, por lo que resultaba aplicable el régimen del actual art. 127.1 TRLSC).

Ante la contradicción entre la regulación propia del pacto parasocial y la del régimen estatutario esta Sala tomó en consideración las circunstancias concurrentes y concluyó que la impugnación de los acuerdos sociales resultaba contraria a las exigencias de la buena fe e incurría en abuso de derecho, entendiendo que quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial.

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.



**4.- El caso objeto de la presente litis. Limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales. Imposibilidad jurídica de su perpetuidad.**

En el presente caso, en que no se plantea un problema de impugnación de acuerdos sociales sino de negocios de transmisión de acciones y participaciones entre socios, hay que partir tanto de la validez y eficacia de los pactos incorporados al protocolo familiar, en tanto que pactos parasociales en los términos indicados, como de los límites legales a dicha eficacia y a su oponibilidad, según resultan de la jurisprudencia que hemos reseñado y de las circunstancias concurrentes en el caso.

En concreto hay que destacar los siguientes datos: a) el protocolo familiar controvertido no ha sido objeto de ninguna de las modalidades de publicidad registral previstas en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero; b) no contiene ninguna cláusula penal para garantizar su cumplimiento, con excepción de la referida al supuesto de incumplimiento por partes de los socios gestores del pacto de exclusividad (dedicación exclusiva a la empresa familiar); c) tampoco se incorporó a la esfera corporativa mediante el instrumento de exigir su cumplimiento como prestación accesoria prevista en estatutos (obligación de hacer); y d) finalmente, tampoco consta modificación o adaptación de los estatutos sociales para establecer reglas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales concomitantes con los porcentajes de participación previstos en el protocolo familiar.

Partiendo de dicho marco, la controversia se centra, en esencia, en el supuesto incumplimiento de la previsión del protocolo familiar relativa a los porcentajes de participación en el grupo empresarial de cada rama familiar, que se fijó en el pacto segundo del Convenio en los siguientes términos:

"[...] se establece en el presente Convenio una fórmula de reparto de las Acciones, Participaciones y Proindivisos en los distintos Bienes y Sociedades del Grupo Económico que quedarían distribuidas, al faltar los Padres (sic), en las siguientes proporciones: Dn. Serafin veintiocho por ciento, Dn. Narciso veintiséis por ciento, Dña. Apolonia veintitrés por ciento, Dña Milagrosa veintitrés por ciento, individualmente o por matrimonios respectivos (sic)".

A continuación en el pacto tercero se reseñaban las sociedades y bienes que quedaban afectados por dicho pacto, y se añadía lo siguiente: "En la misma proporción arriba señalada estarán participados los Bienes, negocios o Sociedades que en un futuro se adquieran o constituyan para gestión y explotación con ánimo de lucro para incorporarlos al patrimonio familiar de negocios", porcentajes que quedaron alterados en virtud de las permutas, compraventas y donaciones celebradas en 2013 y 2014 cuya nulidad se postula por incumplimiento de los referidos acuerdos insertos en el protocolo familiar de 1983.

El juzgado de primera instancia partió de la consideración del citado acuerdo de distribución de porcentajes de propiedad en el capital social de las sociedades del grupo como un compromiso de tipo moral y no jurídico. Así los infería tanto de la ausencia de previsión alguna relativa a la garantía de su cumplimiento, como del pacto que contenía la cláusula octava del protocolo conforme al cual "se firma el presente Convenio como ratificación del compromiso moral y de honor de cumplirlo y hacerlo cumplir en todo su contenido para conseguir la mejor cohesión del grupo Zapata, y llevar adelante los negocios y relaciones familiares con el talante de concordia, honradez y laboriosidad que nuestros padres han tratado siempre tiene fundirnos", apelación al honor y al compromiso moral que el juzgado estimaba incompatible con la atribución al mismo del alcance de una prohibición o limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, cuyo régimen por tanto sería el propio de las sociedades capitalistas.

Es cierto que frente a esta consideración la Audiencia Provincial no niega valor jurídico al pacto de distribución de coeficientes del capital social que, por tanto, entiende que excede de un mero acuerdo moralmente exigible, y que dicha distribución se mantuvo durante muchos años "en cumplimiento de lo pactado".

Pero es igualmente cierto que la misma Audiencia pone dicho acuerdo en el contexto de la previsión de la futura sucesión de la empresa familiar (que reiteradamente alude al hecho futuro del fallecimiento de los fundadores de las empresas), entendiéndolo que se cumplió la finalidad prevista de una sucesión ordenada tras el fallecimiento de la primitivos titulares de las sociedades; y que dichos acuerdos y criterios de reparto del capital social ni obligan a un mantenimiento perpetuo de dichos coeficientes, lo que sería contrario a la ley; ni comportan ninguna prohibición de transmisión de acciones y participaciones por sus titulares; ni imponen la imposibilidad de cesar a los consejeros. Por lo que concluye que los distintos negocios impugnados de permuta, compraventa y donación de acciones son válidos al no estar prohibidos por la ley ni por el convenio. Conclusiones que esta Sala comparte por las razones apuntadas y, además, por las consideraciones que a continuación se exponen.

1.º En primer lugar, a la misma conclusión señalada se llega si se contempla el problema desde la perspectiva de la naturaleza esencialmente limitada en el tiempo de las relaciones obligacionales. En efecto, como ha



señalado la doctrina, las relaciones obligatorias con prestaciones duraderas exigen que la duración del vínculo contractual sea temporalmente limitada o, dicho en otros términos, es incompatible con la perpetuidad del vínculo, pues aunque en nuestro derecho positivo no existe una norma positiva concreta y general en este sentido, la perpetuidad es opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, pues constituyendo la obligación una limitación de la libertad del deudor, su carácter temporalmente ilimitado resultaría contrario al orden público (cfr. art. 1.583 CC).

Cosa distinta es que se admita que esa duración limitada no esté inicialmente determinada desde el origen de la relación, bastando su mera determinabilidad inicial, siempre que no exista norma alguna que en su configuración típica exija esa concreción temporal inicial, como sería el caso del art. 1.543 CC respecto de los arrendamientos de cosas (que exige que se fije por "tiempo determinado"), a diferencia de otros diversos supuestos en que la relación puede constituirse válidamente sin fijación de un tiempo concreto de duración (v.gr. contratos de arrendamientos de servicios, sociedad, mandato o depósito).

Con ello surge el problema de las relaciones obligatorias que no tienen un plazo de duración concreto, pero que en todo caso no pueden ser perpetuas, cuando una de las partes quiere desvincularse de las mismas. Distintas son las soluciones que se han propuesto para resolver este problema: desde la integración del contrato con los usos de los negocios ( art. 1287 CC), hasta la fijación de la duración por los tribunales conforme a la naturaleza y circunstancias de la obligación, a falta de acuerdo entre las partes ( art. 1.128 CC), pasando por la admisión de la facultad de renuncia o denuncia unilateral al vínculo obligatorio por cualquiera de los obligados, como se reconoce legalmente, si no con carácter general, sí para diversos tipos de contratos que suponen una vinculación indefinida, como sucede en concreto en el ámbito del contrato de sociedad ( art. 1.700.4º CC).

Todo ello sin perjuicio de que el ejercicio de la facultad de denuncia unilateral de la relación ha de acomodarse a las exigencias de la buena fe ( art.1.705 CC), pues a pesar de la laguna sobre el plazo en la regulación contractual, los contratos obligan "no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" ( art. 1.258 CC). Lo que impide una denuncia del contrato que se produzca prematuramente, esto es, antes de que haya transcurrido el tiempo suficiente para que la relación produzca sus efectos propios, atendiendo a su naturaleza y finalidad, lo que en caso de discrepancia entre las partes exigirá intervención judicial dirimente.

2.º Este es el planteamiento que se acoge, en esencia, en algunos precedentes de la práctica judicial ante supuestos que guardan relación de similitud con el estudiado, como el de los pactos de sindicación de acciones sin fijación de un plazo de duración, cuya validez se ha admitido pero rechazando al mismo tiempo su perpetuidad, pues nuestro derecho, como se ha dicho, no admite la vinculación permanente de los derechos políticos y económicos de un socio, y ello por vulnerar principios esenciales como el de la libre transmisibilidad de las participaciones sociales.

Como se ha afirmado en tales precedentes, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación ( arts. 1255 y 6.2 CC) permite que en un ámbito interno, sin que pueda tener reflejo en la sociedad en sí, varios socios puedan concretar acuerdos que sindiquen su voto o que limiten su facultad de transmisión de las acciones, sin que por ello quepa considerar vulnerado el art. 29.1 LSRL (actual art. 107 TRLSC). En este sentido se ha declarado que este precepto tiene un carácter imperativo e indisponible dentro del marco social, lo que implica que, salvo previsión estatutaria, ningún órgano o acuerdo social podrá impedir la libre transmisión de participaciones sociales entre socios. Ahora bien, si un socio voluntariamente desea limitar de forma privada esa facultad de disposición respecto de sus propias participaciones, se considera que con ello no se vulnerará el precepto expresado, en tanto no se pretenda que ese convenio o declaración de voluntad alcance un carácter general o se integre dentro de los acuerdos sociales.

Ahora bien, dicho lo anterior, lo que en este momento se dilucida no es si genéricamente un acuerdo privado de sindicación es contrario o no a tales normas, sino de forma concreta si un convenio en el que se vinculan de forma perpetua las participaciones y los derechos que de ella se derivan es válido o no. Y en este sentido no admite discusión que la vinculación permanente, real o personal, está proscrita en nuestro derecho civil, siendo uno de los principios esenciales del derecho civil codificado posterior a la Revolución francesa el de la libertad de los bienes y de las personas, en contraposición de los derechos de vinculación vigentes en el Antiguo Régimen. Por ello no cabe, como se ha dicho en los citados precedentes judiciales, convertir a los socios sindicados en socios perpetuos de la sociedad, al no poder retirarse de la misma según el pacto. Y es en este sentido en el que se puede hacer cita de la normativa societaria sobre transmisión de acciones y participaciones sociales no tanto como aplicación positiva de aquel principio de libertad, sino como inspirador de los principios esenciales que deben configurar la propia naturaleza de la relación social, incluyendo la limitación temporal máxima por la que estatutariamente podrá impedirse la transmisión de las participaciones intervivos o el derecho de separación (vid. art. 108.4 TRLSC).



En consecuencia no puede admitirse la validez de los pactos de sindicación permanente, no por la razón de vulnerar de forma directa preceptos explícitos del régimen legal societario sobre límites legales a la transmisibilidad de las acciones (cfr. art. 123 y ss. LSC) o de participaciones ( arts. 107 y ss LSC), sino más ampliamente por vulnerar principios básicos de naturaleza jurídica de la relación social y del ordenamiento civil, singularmente el principio de libertad de la contratación y de disposición personal y patrimonial, en los términos examinados. Consideraciones que resultan extrapolables al presente caso relativo a acuerdos de distribución de porcentajes fijos de propiedad del capital entre los socios.

Junto a los anteriores pueden señalarse los siguientes argumentos coadyuvantes de la solución apuntada.

3º.- Como ha precisado la DGRN (vid., por todas, Resoluciones de 18 de diciembre de 2013 y 27 de febrero de 2019) al interpretar los arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria relativos a las prohibiciones de disponer, sus efectos son diferentes según procedan de actos a título oneroso o gratuito: las prohibiciones voluntarias establecidas en actos a título gratuito tienen eficacia real y, en caso de incumplimiento, producen la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan (salvo que los constituyentes de la prohibición establezcan un efecto distinto para el caso de contravención). Por el contrario, las impuestas en actos a título oneroso no tienen eficacia real y su infracción sólo provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados (por ello, su acceso al Registro está regulado de diferente forma según se trate de unas u otras, proscribiendo dicho acceso en el caso de las impuestas a título oneroso ante su falta de eficacia real). En el presente caso, en que todos los firmantes del protocolo son sujetos activos de las obligaciones que los demás asumen en el mismo y, al mismo tiempo, son sujetos pasivos respecto de las asumidas por cada uno de ellos en relación con los demás, existe una relación jurídica sinalagmática de prestaciones correspectivas que permite su calificación como onerosa (debiendo precisarse, como aclara la doctrina, que no estamos en presencia de una modalidad contractual de cambio, sino de colaboración asociativa, al modo de las "sociedades internas").

Por ello, cualesquiera sean las consecuencias de un supuesto incumplimiento de las limitaciones o prohibiciones de disponer impuestas en un negocio oneroso en el plano obligacional (en particular las consecuencias indemnizatorias), no puede tener la virtualidad de anular un contrato dispositivo celebrado contraviniendo dichas limitaciones.

4.º Por otro lado, teniendo en cuenta que la distribución de porcentajes del capital entre las distintas ramas familiares se realizó en contemplación a la finalidad de conseguir una ordenada sucesión de las empresas del grupo una vez hubieran fallecido sus fundadores, según la interpretación hecha en la instancia y que en sede de casación ha de ser mantenida, hay que traer a colación como elemento normativo de referencia y en la medida en que es expresión del mismo principio de libertad contractual y dispositiva antes visto, las limitaciones que a la indivisión de la herencia impone el Código civil en el art. 1.051, conforme al cual "Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división". Pero incluso cuando la prohíba "la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad". Precepto que la jurisprudencia de esta Sala ha interpretado en relación con el art. 400.2 CC, precepto que, partiendo de la regla general de que "Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad", admite por excepción la validez del pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, siempre que "no exceda de diez años" (sin perjuicio de su posible prórroga por nueva convención).

Es cierto que la sentencia de esta sala 1201/2000, de 21 de diciembre, admitió que dicho plazo pudiera ser rebasado admitiendo que la situación de indivisión pudiera perdurar hasta el momento del fallecimiento de la viuda del testador, cierto en su acaecimiento, pero incierto en cuanto a la fecha del mismo. Pero en todo caso la sentencia excluye el carácter indefinido de la indivisión y, además, deja a salvo la sentencia la limitación que resulta del art. 1.051 CC, por concurrencia de cualquiera de las causas que extinguen la sociedad. Remisión que conduce al art. 1.700.4º CC, conforme al cual la sociedad se extingue "Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707". Lo que supone que la disolución de la sociedad por voluntad o renuncia de uno de los socios podrá tener lugar "cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio", sin perjuicio de que dicha renuncia se realizase de buena fe, en tiempo oportuno.

5.º En definitiva, los límites temporales a las aludidas limitaciones (por vía de indivisión o de restricción a la libre transmisión) responden al principio general de la libertad de la propiedad (en este caso de la parte alícuota del capital social que corresponde a cada uno de los socios), al de la libre circulación de los bienes y a la proscripción de su amortización (cfr. Resoluciones de la DGRN de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras).

El protocolo familiar y el contrato de sociedad mercantil, como ha señalado la doctrina especializada, actúan en planos distintos aunque funcionalmente conectados. Cada uno está sujeto a un marco normativo distinto,



con diferentes ámbitos reservados a la autonomía de la voluntad, de forma que los estatutos quedan sujetos a los límites propios del debido respeto a las normas imperativas del derecho de sociedades, y los pactos parasociales, en tanto que atípicos por no estar regulados legalmente como tipo o modalidad contractual concreta, sin perjuicio de las referencias legales a los mismos, son válidos y lícitos siempre que no sean resulten contrarios a la Ley, a la moral o al orden público conforme al art. 1255 CC.

En el presente caso una interpretación del protocolo familiar de 1983 controvertido en el sentido de mantener indefinidamente las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, impidiendo modificar el porcentaje de participación de cada socio en el capital social, y generando una suerte de vinculación perpetua de los derechos de los socios, resultaría contraria a los límites citados, según se ha expuesto ampliamente "supra", sin que la posibilidad de denuncia o apartamiento unilateral de lo previsto en el protocolo, una vez satisfecha la finalidad principal a que respondió de asegurar una ordenada sucesión en las empresas familiares tras el fallecimiento de los fundadores, conforme a la interpretación del mismo hecha en las instancias, pueda ser tachada de contraria a la proscripción del abuso de derecho o a la buena fe contractual ( art. 7.1 CC).

**CUARTO.-** *Recurso de casación. Formulación del segundo motivo del recurso.*

**1.- Planteamiento.**

El segundo motivo, formulado al amparo del art. 477.1 LEC, denuncia infracción de los arts. 1281, párrafos primero y segundo, del CC, en relación con los arts. 1281, 1282 y 1285 del CC, reguladores de la interpretación de los contratos.

En el desarrollo del motivo, en resumen, se aduce que la sentencia de la Audiencia realiza una interpretación del protocolo que no respetan ni el sentido literal de sus cláusulas del protocolo, ni el espíritu del mismo, ni se atiene a las reglas de la lógica, puesto que se reconoce que las partes estuvieron cumpliendo, durante años, una cláusula que establecía la obligación de mantener los coeficientes de participación en las empresas familiares y, al mismo tiempo, de forma contradictoria, afirma que no existía prohibición de alterar esos coeficientes mediante acuerdos entre solo algunos de los cuatro grupos societarios, entendiéndose por ello vulnerado los artículos del Código Civil citados en el encabezamiento.

**2.- Admisibilidad del recurso. Decisión de la Sala.**

Nuevamente debemos abordar el estudio de este motivo comenzando por los óbices de inadmisibilidad suscitados por la representación procesal de los Sres. Narciso , Adoracion , y Amalia .

Alega dicha representación que este motivo del recurso de casación debe ser desestimado porque en el mismo se denuncia la infracción de varios preceptos del Código civil cuyo incumplimiento no puede alegarse conjuntamente, objeción de admisibilidad que, por plenamente conforme con la reiterada jurisprudencia de esta sala en relación con los preceptos del Código civil relativos a la interpretación de los contratos, oportunamente citada en el escrito de oposición presentado por la aludida representación procesal, debemos acoger favorablemente.

En efecto, como hemos afirmado en nuestra sentencia 650/2007, de 12 de junio:

"[...] una numerosa jurisprudencia de esta Sala entiende que no pueden alegarse conjuntamente como infringidos los dos párrafos del 1281 por referirse a reglas de interpretación distintas ( STS 20 octubre 2001, entre muchas otras) y que no es viable la cita conjunta de los artículos reguladores de la interpretación contractual ( sentencia de 7 diciembre 2002 , entre otras)".

Así lo hemos reafirmado en la sentencia 643/2010, de 27 de octubre, que recuerda la reiterada doctrina de esta Sala que siempre ha advertido que el art. 1281 CC consta de dos párrafos y que en ellos se contienen dos normas distintas sobre interpretación, y que, además, "el art. 1282 CC es complementario del segundo párrafo del art. 1281 y no del primero. Por ello, como se afirma en la sentencia de 1 diciembre 2006, no pueden alegarse conjuntamente, ya que en el primer caso son factor decisivo de la interpretación las palabras y, en el segundo, la intención evidente de los contratantes" (ver asimismo y en el mismo sentido, las sentencias citadas en dicha resolución)".

Y así lo hemos venido reiterando en numerosos Autos de inadmisión, como - por todos - en el de 21 de septiembre de 2016 (Rec. núm. 34/2015), en que se argumenta la inadmisión del recurso del siguiente modo:

"[...] la parte recurrente cita como infringidos los artículos 1281 párrafo 1º y 1282 CC, que contienen reglas de interpretación diferentes, de manera que no pueden alegarse conjuntamente como infringidos, ya que el segundo solo entraría en juego cuando por falta de claridad de los términos de un contrato no es posible aclarar, a través de ellos, cuál sea la verdadera intención de los contratantes, siendo de aplicación subsidiaria."



A lo anterior se suma la doctrina jurisprudencial sobre las limitaciones para la revisión de la interpretación de los contratos hecha en la instancia. Como dijimos en la Sentencia 198/2012, de 26 de marzo:

"A) Es doctrina constante de esta Sala que la interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario. E incluso en el supuesto de fundarse un motivo en la infracción de las normas que regulan la interpretación de los contratos, como es el caso, también se ha declarado que no se pueden considerar infringidas dichas normas legales cuando, lejos de combatirse una labor interpretativa abiertamente contraria a lo dispuesto en ellas o al derecho a la tutela judicial, el recurrente se limita a justificar el desacierto de la apreciación realizada por el tribunal de instancia, con exclusivo propósito de sustituir una hipotética interpretación dudosa por sus propias conclusiones al respecto. En consecuencia, el único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud ( SSTS de 4 de abril de 2011, RC n.º 41/2007; 13 de junio de 2011, RC n.º 1008/2007; 4 de octubre de 2011, RC n.º 1551/2008y 10 de octubre de 2011, RC n.º 1148/2008, entre las más recientes".

Es lícito que la recurrente defienda una interpretación del protocolo familiar basada en la consideración de que en el mismo se imponía, por la vía de la obligación del mantenimiento de unos determinados coeficientes de propiedad en el capital social de las sociedades integradas en el grupo empresarial familiar, una prohibición o limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales en que se divide aquél, sin límite de plazo, y que por ello disienta de la interpretación que la sentencia recurrida ha sostenido en su fundamentación.

Pero, como resulta de la jurisprudencia antes reseñada, en sede del recurso de casación debe prevalecer el criterio interpretativo de la regulación contractual hecha por el tribunal de instancia aunque dicha interpretación no sea la única posible, incluso en aquellos casos en que cupiera alguna duda razonable acerca de su acierto, pues este tribunal de casación sólo puede revisar dicha interpretación contractual para corregir no su oportunidad, conveniencia o pleno acierto (en caso de ser posible más de una interpretación), sino exclusiva y excepcionalmente su posible ilegalidad, arbitrariedad o contradicción con el raciocinio lógico.

Tachas que no cabe imputar a la interpretación asumida y argumentada por la Audiencia Provincial cuando niega la existencia de dicha prohibición o limitación en la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales temporalmente ilimitada, al vincular los compromisos asumidos en el protocolo familiar a la finalidad de facilitar una ordenada sucesión en las empresas familiares para el caso y momento del fallecimiento de sus fundadores. Así resulta de la sentencia cuando afirma que "[...] en dicho acuerdo, dicho reparto de acciones y participaciones de las sociedades, no se (sic) obliga a una persistencia perpetua de dichos coeficientes [...]", o que "[...] el Protocolo tan solo perseguía un compromiso respecto a la sucesión ordenada tras el fallecimiento de los primitivos titulares de las acciones, lo cual se cumplió [...]".

**3.-** La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia ( sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

**QUINTO.-** *Recurso de casación. Formulación del tercer motivo del recurso.*

**1.-** *Planteamiento.*

El tercer motivo del recurso, acogido al art. 477.1 LEC, denuncia infracción del art. 7.1 CC y de la doctrina jurisprudencial que decreta la inadmisibilidad de ir contra los actos propios.

En el desarrollo del motivo, en síntesis, se alega que la sentencia de la Audiencia rechaza el recurso de apelación, que se fundaba en denunciar el comportamiento de los demandados como contrario a sus propios actos, afirmando que los recurrentes también intentaron solventar la crisis de empresas familiares, primero con una escisión de sociedades y luego con su propia iniciativa de comprar y vender participaciones a otros de sus hermanos. El recurso combate tales argumentos razonando que ni la escisión de empresas es una operación unilateral ni prohibida por el convenio familiar, que puede ser dejado sin efecto por todas las partes de común acuerdo, ni es cierto, según alegan en el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, que los mismos recurrentes realizaran intento alguno de alterar los coeficientes de participación del grupo de empresas, coeficientes que habían sido modificados con la suscripción de las permutas de fecha 23 de julio de 2013. Argumentan que la voluntad y obligación de mantener los porcentajes de participación en



las distintas empresas del grupo por parte de todos los hermanos no quedó solo en una mera declaración de intenciones entre las partes, sino que tuvo eficacia práctica y fue cumplida en los años siguientes por todos los firmantes del protocolo, lo que integraría una conducta que daría base, según su tesis impugnativa, a la aplicación del art. 7.1 CC, que impone como límite al ejercicio de los derechos subjetivos las exigencias de la buena fe, y a la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios.

Cita como infringidas diversas sentencias de esta Sala, entre ellas las núm. 81/2005, de 16 de febrero, y 77/1999, de 30 de enero, en la cual se afirma:

"[...] para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual ( Sentencias de 10-6 y 17-12-1994, 30-10-1995 y 24-6-1996".

## 2.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.

El motivo debe ser desestimado porque incurre en el defecto insubsanable de alterar la base fáctica.

Como señalamos en nuestra sentencia 484/2018, de 11 de septiembre, "los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión)".

El recurso incurre en el citado defecto de petición de principio al contradecir la base fáctica asumida por las instancias, tras la correspondiente valoración probatoria, al negar uno de los hechos que afirma la Audiencia, directamente relacionados con el presente motivo, relativo a la realización por los recurrentes de diversos intentos de alterar los coeficientes de participación en el grupo de empresas familiares, que no llegaron a fructificar por el fracaso de las negociaciones. Así afirman en el recurso que:

"[...] la apreciación fáctica que realiza la sentencia para rechazar su aplicación incurre en error patente, porque las negociaciones encaminadas a comprar o vender participaciones de las sociedades a otros hermanos se desarrollan muy posteriormente en el tiempo a la suscripción de las permutas de 23 de julio de 2013 y se ejecutan en un momento en que el protocolo familiar había sido ya rescindido de forma unilateral y sorpresiva, por los demandados".

Como hemos dicho, la Audiencia parte de la existencia de intentos por parte de los recurrentes de concluir negocios jurídicos con la finalidad de alterar los coeficientes de participación en las sociedades del grupo. Así lo afirma cuando dice en el fundamento de derecho tercero que:

"En dicho intento de cambio de porcentajes con las sucesivas transmisiones y permutas, participaron no solo los demandados sino también los propios demandantes representados por su hijo don Jacobo , que reconoció haber llevado a cabo tales negociaciones tanto para la venta como para la adquisición de las acciones y participaciones de sus padres D. Narciso y de D.<sup>a</sup> Mariola , los ahora recurrentes".

Idea que reitera más adelante en el fundamento de derecho cuarto cuando niega la nulidad de las operaciones de compraventa y permuta interesada por la demandante "cuando ella misma lo ha intentado respecto de su rama y otras ramas de la familia como lo confirmo el propio testigo D. Jacobo hijo de los demandantes".

Esta base fáctica resulta ahora intangible en esta sede, y en combinación con la regla jurídica condensada en la máxima *tu quoque*, al imputar a la otra parte una conducta en la que la propia recurrente ha incurrido, enerva la eficacia limitativa para el ejercicio de los derechos subjetivos propia de la buena fe, conforme al apotegma jurídico *nemo auditur sua turpitudinem allegans*, impidiendo la invocación de una normativa ( art. 7.1 CC) que, de aceptarse la tesis impugnativa de los recurrentes sobre la permanencia indefinida de los compromisos protocolares, habría sido igualmente contrariada por quien ahora pretende ampararse en ella (vid. entre otras, sentencia núm. 104/1995 de 17 febrero).

En conclusión, no hay base jurídica en esta sede casacional para declarar el incumplimiento doloso del protocolo familiar que pretenden los recurrentes, ni para declarar la nulidad de los contratos de permutas y compraventas impugnados ni, en consecuencia, para condenar a la indemnización de daños y perjuicios postulada, como condena tributaria de aquél pretendido incumplimiento.

## SEXTO.- Costas y depósitos





- 1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.
- 2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Narciso y D.ª Mariola contra la sentencia n.º 87, de 6 de marzo de 2017, dictada por la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 677/2016.
- 2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.