




diario

# LA LEY

Año XXXVI • Número 8578 • Miércoles, 8 de julio de 2015

[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.



**Tribuna**  
Conexión entre prescripción, daños y su tipología 11



**Jurisprudencia**  
La libertad de expresión no ampara insultos tales como «cerdo» o «gilipollas» 16

**sumario**

- **Doctrina**  
Eficacia ad extra de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción? Mateo C. JUAN GÓMEZ 1
- **Tribuna**  
Conexión entre prescripción, daños y su tipología: análisis comparativo jurisprudencial Borja DEL CAMPO ÁLVAREZ 11
- **Jurisprudencia**  
La libertad de expresión no ampara insultos tales como «cerdo» o «gilipollas», aunque se dirijan contra un cargo público en un contexto de contienda política o sindical 16  
Participar en una manifestación donde se quema la bandera no se sanciona 17

## DOCTRINA

LA LEY 4608/2015

### Eficacia *ad extra* de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción?

Mateo C. JUAN GÓMEZ  
Abogado Bufete Buades

*La legislación vigente establece con bastante rotundidad el principio de inoponibilidad de los pactos parasociales, que no vincularán al ente societario. Sin embargo, la doctrina moderna se ha planteado distintos escenarios o zonas grises en que la máxima puede verse diluida y el criterio jurídico demande la exigibilidad de eficacia «ad extra» de los pactos reservados. Tradicionalmente el foco de atención se ha venido situando en los pactos omnilaterales, en los que son parte todos los socios, su posible equivalencia con la voluntad societario y las delgadas líneas que separan el interés societario de la suma de intereses de sus socios, constituyen el objeto de este estudio.*

#### I. INTRODUCCIÓN

Como ya advirtiera YANES YANES (1), si hay una materia que se resiste a ser pacífica en el Derecho de Sociedades es la de los pactos parasociales, terreno abonado para discrepancias entre autores y episodios enconados de la práctica.

Ante las ineficacias que comúnmente presenta el Derecho de Sociedades frente al dinámico mundo empresarial, los pactos parasociales se erigen como mecanismo óptimo para adoptar decisiones de forma más ágil y eficiente, por lo que son una práctica habitual en la vida societaria (2).

Sin embargo es innegable la fricción entre esa voluntad de ampliar la reglamentación societaria y la rigurosa política legislativa que históricamente ha acompañado a la ficción jurídica del ente societario, y que supone el reverso a la limitación de la responsabilidad patrimonial de sus socios. En este sentido, existe un miedo endémico en nuestro Derecho a ensanchar el corsé del espectro legislativo de las sociedades de capital, y a perder el control sobre posibles abusos generados al abrigo de la responsabilidad limitada.

En la doctrina científica pueden encontrarse numerosas definiciones de los pactos parasociales, todas ellas incompletas o

merecedoras de no pocas matizaciones. Por nuestra parte nos decantamos por el concepto recogido por PÉREZ RAMOS (3), debido a su simplicidad y a que se nos antoja menos pretencioso que el de otros juristas. Para este autor el pacto parasocial es «un acuerdo entre algunos o todos los socios de una sociedad al margen del contrato social y de los estatutos dirigido a influir en la esfera social».

Esta definición nos servirá para apuntar la tipología de estos contratos, atendiendo a los dos principales criterios de clasificación. El *subjetivo*, que nos hace diferenciar entre (i) los pactos suscritos por algunos socios, o (ii) los suscritos por todos los



**Tribunal Constitucional**  
**la sentencia del día**  
Interpretación por el TC del artículo que regula el acceso a la asistencia jurídica gratuita en segunda instancia  
Ponente: Asua Batarrita, Adela 15

## OPINIÓN

**U**n importante sector de la doctrina científica se ha esforzado en defender la existencia de determinados supuestos en los que podría quebrarse el principio de inoponibilidad de los pactos parasociales, en beneficio de la lógica jurídica y, en ocasiones, de principios generales como el de economía procesal. Pensemos en supuestos en que la sociedad pueda ser deudora indirecta en un pacto de relación, como ocurriría en un pacto de cesión de derecho al cobro de dividendos; en que la sociedad se postule como parte del contrato; o especialmente en aquellos acuerdos en los que intervengan la totalidad de los socios.

Ahora bien, la gran pregunta es la siguiente ¿los meritorios esfuerzos de la doctrina científica han fructificado? ¿Cabe hablar en la actualidad de la eficacia «ad extra» de los pactos reservados? La respuesta a estas incógnitas debe concederse a la luz de las últimas novedades legislativas. En ellas se aprecia un contraste muy definido entre lo que se demanda por la doctrina científica y la postura adoptada por el poder legislativo, claramente conservador en este punto. La jurisprudencia, por su parte, ha sufrido distintos vaivenes que sólo han contribuido, a nuestro parecer, a fomentar la inseguridad jurídica y a la efervescencia de pronunciamientos contradictorios entre los distintos tribunales provinciales. Así, observamos sentencias en las que se crea la ficción de una junta universal, otras en las que se apuesta por la doctrina del levantamiento del velo, o la siempre recurrente figura del abuso de derecho. Sin embargo, en los últimos tiempos parece decantarse por una interpretación más literal o formalista de las normas, que restringe la posibilidad de hacer valer frente a la sociedad lo pactado por los socios al margen de los estatutos. La doctrina científica ha sentado las bases de una posible regulación futura, pero hasta que la misma no se cristalice —lo que no parece vaya a suceder a corto plazo—, las tesis más autorizadas de los distintos juristas que aquí se citan, tendrán un gran valor a nivel dogmático, pero desgraciadamente de escasa aplicación práctica. La propuesta debe cambiar el enfoque y convertirse en una propuesta de «lege ferenda».

socios, en cuyo caso hablaremos de pactos omnilaterales. Y el criterio *objetivo*, que nos permite diferenciar entre (i) los pactos de relación —en los que los socios pretenden regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin repercusión sobre la esfera social—; (ii) los pactos de atribución —aquellos que se conciertan con el fin de atribuir ventajas a la propia sociedad—; (iii) y los pactos de organización —aquellos que buscan reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones de la sociedad—.

Su naturaleza jurídica enraíza con el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc), y su validez está expresamente reconocida en la actualidad en el art. 29 de la LSC (4) y en múltiples normas del mercado de capitales. Si bien no siempre fue así. El art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en contra de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo hasta ese momento (5), declaraba la nulidad de este tipo de contratos. Con la reforma de 1989 —concretamente con su art. 7— se sustituyó la declaración de nulidad por una declaración de inoponibilidad que actualmente se mantiene.

El propio legislador ha reconocido explícitamente esa validez al regular las condiciones de transparencia de tales pactos en las sociedades cotizadas (arts. 530 y ss LSC), e incluso la posibilidad de su publicidad registral en las sociedades de base familiar (Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares).

En el presente trabajo pretendemos poner de relieve algunos puntos conflictivos sobre la validez de los pactos parasociales y las teorías modernas que propugnan los efectos *ad extra* de estos acuerdos y su oponibilidad frente a la sociedad. Ya adelantamos que a nuestro parecer la doctrina científica no ha logrado dotar de seguridad jurídica a este extremo de la práctica societaria, ofreciendo en no pocas ocasiones soluciones artificiosas de difícil encaje en el tenor literal de las normas y en la postura adoptada por nuestro Alto Tribunal.

Concretamente abordaremos (i) los límites a la validez de los pactos parasociales; (ii) la eficacia *ad intra* de los pactos parasociales; (iii) los posibles escenarios en los que un pacto reservado pueda adquirir eficacia frente al ente societario; (iv) la evolución jurisprudencial en torno a los pactos omnilaterales; (v) la denominada doctrina moderna y el régimen de oponibilidad que propugna.

En nuestro estudio dejaremos de lado los protocolos familiares (6), institución jurídica que merece un tratamiento singular y más detallado del que nos permiten estas líneas.

### II. LÍMITES A SU VALIDEZ

Como se ha apuntado, es cuestión pacífica la validez de los pactos parasociales, pero sigue siendo controvertida la pregunta de qué podemos incluir en un pacto reservado. Declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009 que este tipo de pactos «son válidos siempre que no superen los límites

impuestos a la autonomía de la voluntad». Como es bien sabido, los límites de la autonomía de la voluntad, a razón del art. 1255 Cc, son la ley, la moral y el orden público. La cuestión radica en si debemos buscar los límites de su legalidad en el Derecho Civil general o en el de Sociedades. Dejando a un lado las cuestiones civiles, es claro que serán válidos los pactos que modifiquen normas dispositivas del Derecho de Sociedades. El problema está en las disposiciones de carácter imperativo.

Respecto a éstas, podemos identificar tres posturas doctrinales distintas, a las que nos referiremos como tesis amplia, tesis restrictiva y tesis intermedia.

**i) Tesis amplia.** Esta doctrina minoritaria cuenta como principal valedor con PAZ-ARES (7). El autor nos propone partir de la distinción entre normas de *ius cogens* y de *ius imperativum*» siendo las primeras derivadas de la regulación de un tipo societario concreto —anónima o limitada—; mientras que las segundas «se extienden a través de todo el derecho de sociedades, lo atraviesan en diagonal y, por lo tanto, no son específicas de un tipo, sino de todos los tipos y, naturalmente, también del derecho general de obligaciones». Las primeras sirven para demarcar una determinada forma de organización —un modelo societario— que se pretende estandarizar, las segundas para definir las fronteras de lo jurídico. Planteada esta distinción, el profesor concluye que solamente las normas de *ius imperativum* constituyen un límite a los pactos parasociales, no así las normas

meramente informativas de un tipo societarios. Parece diferenciar así el autor entre las normas que podríamos decir espiritual y esencialmente imperativas, de aquellas otras que tan sólo son formalmente imperativas y obedecen a una mera política legislativa de configuración del tipo social.

ii) *Tesis restrictiva*. Ésta postura se ancla en lo dispuesto en el art. 6.3 Cc y considera que los pactos parasociales, para no estar viciados de nulidad, deben respetar todas las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico. Aquí podemos alinear, entre otros a GIRÓN TENA (8), a NOVAL PATO (9) o a FELIU REY (10). El límite lo marca la ley —en su sentido más vasto— y los principios configuradores del tipo social.

Esta postura es sin duda la más ajena a la práctica habitual (11). No es ningún secreto que están al orden del día los acuerdos que conculcan determinados preceptos reguladores de las sociedades de capital (un pacto que prohíba la transmisión de las acciones de una anónima durante diez años, o un pacto por el cual un socio reciba el derecho de vetar cualquier acuerdo social). El divorcio entre teoría y praxis es palmario.

iii) *Tesis intermedia*. Según ésta sólo serán ilícitos los pactos parasociales que vulneren una norma imperativa societaria cuyo fundamento responda a los terceros o al interés social o persiga la salvaguarda de los elementos tipológicos esenciales e inalterables de cada una de las formas societarias. Desde esta concepción, puede considerarse válido un pacto que establezca la exclusión del derecho de suscripción preferente o prohíba la transmisión de las acciones sociales durante un determinado plazo. Entre sus defensores encontramos a VAQUERIZO (12), para quien sólo podrá predicarse la nulidad de aquellos acuerdos que «se desvíen de forma intolerable de alguna norma imperativa o contradigan alguno de los elementos configuradores de la forma social»

Siguiendo la línea aristotélica, la postura intermedia acostumbra a ser la más prudente y virtuosa. Consideramos que así ocurre en este debate doctrinal, siendo además esta última la tesis mayoritaria. Ahora bien, no podemos dejar de exteriorizar nuestra sensación de incomodidad cada vez que una postura doctrinal —científica o jurisprudencial— saca a la palestra los *principios configuradores de los tipos societarios* y les confiere la autoridad de separar lo lícito de lo ilícito. No parece que un concepto indeterminado y vaporoso como éste nos ayude en demasía a obtener la seguridad jurídica que tanto ansían los operadores mercantiles.

Con independencia de estas tres teorías que abordan la cuestión de la validez, en abstrac-

to de los pactos parasociales, consideramos oportuno dedicar una mención especial a aquellos pactos tendentes a dirigir la actuación de los administradores.

Solo una parte aislada de nuestra doctrina cree encontrar base para su admisibilidad en la redacción, no del todo afortunada, de normas sectoriales como la Ley de Transparencia o las que regulan ofertas públicas de adquisición de acciones (13). Un ejemplo lo encontramos en el art. 5.1.b) del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, que contempla expresamente el pacto que «regule el derecho de voto en el Consejo de administración o en la comisión ejecutiva o delegada de la sociedad». O también la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Transparencia, en su apartado 2 c), aludía expresamente a los pactos que tengan por objeto la regulación directa o indirecta del derecho de voto «en cualquier órgano social».

Por nuestra parte entendemos que debe negarse la validez de los pactos reservados que vinculen directamente a los administradores, o indirectamente, a través de pactos en los que estos no sean parte pero que obliguen a los firmantes a instruir a aquellos. Es nulo todo pacto que tenga por objeto afecta la formación de la voluntad de los administradores.

Sobre el carácter ilícito de este tipo de pactos reservados tendentes a condicionar las decisiones del órgano de administración, se ha detenido de manera pormenorizada PAZARES (14). Nosotros nos sumamos a sus tesis, a la par que salimos al paso de todo aquél que pudiera plantearse que en definitiva un administrador puede ser a su vez socio y, cómo tal, condicionar sus futuras decisiones en consonancia a un pacto parasocial. A nuestro parecer es absurdo sostener tal dualidad esquizofrénica.

Dos fundamentos son los que sostienen tal postura: (i) el razonamiento institucionalista clásico, (ii) la perspectiva contractualista.

El primero de ellos entiende que la independencia de criterio del administrador es de orden público (15). A este respecto, MENENDEZ (16) advierte que «dentro del cuadro institucional de la sociedad anónima, la libertad de apreciación del administrador no puede ser enajenada, ni siquiera influenciada [...] los administradores no deben soportar intervenciones que les controlen o limiten». El cargo debe ejercitarse de acuerdo al interés social, lo que supone respetar a la sociedad como ente autónomo.

Además de lo anterior, el principio de colegialidad y el procedimiento deliberativo que preside el funcionamiento del consejo se co-

honesto mal con una restricción contractual externa de su libertad. Por último, situado el consejero ante el cumplimiento o incumplimiento de deberes propios y con responsabilidad propia (*ex lege*), es razonable que pueda apartarse del pacto sin que por ello se le exija responsabilidad contractual alguna.

Por su parte, la doctrina contractualista igualmente concluye la ineficacia de las instrucciones privadas de los socios al órgano de administración, también en sociedades cerradas. Asumiendo que el contrato de la sociedad con el administrador es afín al mandato colectivo (art. 1731 Cc), del conjunto de todos los socios y a todos los consejeros, no tienen cabidas las instrucciones individuales y sólo las colectivas. A ello debe añadirse la regla general de inoponibilidad a la sociedad de los pactos reservados (art. 29 LSC), si atendemos a que los administradores, después de todo, son órganos sociales.

A estos dos fundamentos debemos sumar un tercero: la cristalización de esta previsión doctrinal en una norma positiva. Primero, en el nuevo art. 228.d) LSC —redactado por Ley 31/2014— que aún de manera indirecta, hace referencia a este tipo de pactos al advertir que se subsume en el deber de lealtad del administrador;

*«Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros».*

Por otro lado, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil contiene un precepto de gran interés a este respecto. Nos referimos al art. 213-21. 2, que guarda el siguiente tenor;

*«Son nulos aquellos pactos parasociales por los que uno o varios administradores de la sociedad se obliguen a seguir las instrucciones de socios o de terceros en el ejercicio de su cargo».*

### III. NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE VALIDEZ Y EFICACIA

Con independencia de lo relativo a la validez de los pactos parasociales, nos encontramos con el problema de los límites de su eficacia. Que los pactos reservados desplieguen efectos *inter partes* deriva de las reglas generales de los contratos, según las cuales éste se convierte en *ley entre las partes* (art. 1091 Cc) y, en esa línea no hay razón para privar al interesado en su cumplimiento de ninguno de los remedios previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de sus intereses contractuales.

En posteriores apartados de nuestro estudio examinaremos si es posible extender los efec-



tos de estos pactos también a la sociedad. Ahora lo que nos interesa es establecer una línea divisoria entre el concepto de validez y el de eficacia, dado que aunque pudiera parecer una cuestión de perogrullo, la experiencia nos muestra que el lector de este tipo de trabajos —y en el peor de los casos el propio autor de los mismos— tiene cierta tendencia a confundir uno y otro instituto jurídico cuando se dispone a profundizar en la cuestión de la inoponibilidad.

Por ello queremos hacer breve mención a un ejemplo de pacto reservado que, pese a ser plenamente válido puede resultar ineficaz en un momento dado. Pensemos en un sindicato de voto mediante el cual varios socios decidan atribuir a uno sólo de los sindicados la facultad de determinar el sentido del voto de los restantes (17). Qué pasaría si el socio facultado para decidir el voto pretende que la Junta acuerde entablar una acción de responsabilidad frente a otro de los síndicos, ¿éste debería acaso votar en contra de sus propios intereses? Cabe traer a colación aquí el deber contractual de buena fe, de tal modo de que no podrá hacerse valer el sindicato de voto para un fin distinto de aquel para el que fue conferido (arts. 7.1 y 1258 CC). La regla de la buena fe se consagra como límite institucional del ejercicio de cualquier derecho, a su vez se erige también en criterio integrador de los contratos, los cuales, perfeccionados, «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». La finalidad de este mandato general es «proteger la confianza del deudor de que los derechos (contractuales) del acreedor no serán ejercitados de una forma que el deudor no podía esperar a tenor del contenido del contrato y de su desarrollo» (18).

Convierte en ineficaz el sindicato de voto para ese concreto supuesto, pero el negocio jurídico no deja de ser válido y de desplegar efectos en otros escenarios. Nótese que el pacto continuaría siendo válido, pero no sería eficaz u oponible en ese caso concreto.

#### IV. EFICACIA «AD INTRA». MEDIDAS FRENTE A LOS SOCIOS INCUMPLIDORES

Como sucede con cualquier contrato, las cláusulas de un pacto reservado tienen fuerza de ley entre las partes del mismo (art. 1091 Cc), y si bien en principio no compete al Derecho de Sociedades la reclamación de su incumplimiento, nada impide la aplicación de cuantos remedios o mecanismos arbitra el Derecho común para el cumplimiento de las obligaciones. Así, frente al incumplimiento la parte perjudicada podría optar por ejercitar una acción de cumplimiento, de remoción, de reparación, etcétera.

Veamos con algo de detalle las medidas de las que disponen los socios.

##### i) Mecanismos resolutorios.

Principalmente podemos referirnos a dos mecanismos resolutorios, el derivado del art. 1124 Cc, y la denuncia propia de la sociedad civil, si bien éste último es más discutido, y exige superar la postura tradicional de que uno de los elementos definitorios de la sociedad es el ánimo de lucro (19).

El primero de estos mecanismos deriva de la naturaleza sinalagmática de algunos pactos reservados que permite al perjudicado 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. Sin embargo, no parece que pueda afirmarse de manera categórica la aplicabilidad de estas facultades resolutorias en todo pacto parasocial, pues es oportuno también atender a la advertencia de DÍEZ-PICAZO (20) de que «es doctrina jurisprudencial la aseveración de que para aplicar el art. 1124 Cc, es preciso que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado y que no se conciban unas obligaciones sin las otras», circunstancia ésta que según PASTOR VICENT (21) puede echarse en falta en muchos pactos parasociales.

La segunda medida, derivada de la aplicación analógica del derecho de denuncia arbitrado en la sociedad civil, nos conduce hasta el art. 1705 Cc que prevé la facultad de terminación ad nutum de las partes. Eso sí, únicamente «cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio» y siempre que se realice de buena fe, en tiempo oportuno y previa notificación al resto de socios. El precepto inmediatamente posterior intenta acotar qué debe entenderse por «buena fe» y «tiempo oportuno», relacionando ambos conceptos, en definitiva, con el interés social.

Debemos tener presente que en algunos supuestos, pese a no pactarse término de duración, si pudiera acontecer que de los términos de los pactos reservados se desprenda el ánimo de los contratantes de que los efectos del mismo se desplieguen durante un tiempo determinado, por ejemplo, mientras permaneciese la actividad en la sociedad.

##### ii) Acción de reparación. Indemnización de daños y perjuicios.

Reza el art. 1101 Cc «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

En la práctica, ante el incumplimiento de los pactos parasociales, normalmente se considera que la consecuencia jurídica natural es la prevista en el precepto transcrito, y no pretender el cumplimiento de la obligación. Ello básicamente en atención a dos circunstancias (i) la pérdida de confianza derivada del incumplimiento, (ii) la dificultad de que el cumplimiento aún sea factible. En relación a esto último, téngase presente que el acto por el que se lleva a cabo el incumplimiento, afecta normalmente a terceros ajenos a los pactos reservados. En otros casos, el mero lapso temporal que transcurrirá entre el incumplimiento y la sentencia judicial firme que se pretende, puede ser suficientemente disuasorio por sí mismo.

En cualquier caso, resulta innegable el derecho del socio perjudicado de verse resarcido por la rebeldía del resto de partes, pero desde el punto de vista práctico se aprecia el escollo de la carga de la prueba (art. 217 LEC), debiendo justificar el demandante no sólo la concurrencia del daño, sino también su cuantificación y, por supuesto, el nexo causal entre incumplimiento y perjuicio.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas resoluciones en el sentido de que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación y que incumbe al que reclama la carga de la prueba de su existencia y cuantía (22).

Pensemos por ejemplo en el incumplimiento de un pacto de sindicación de voto. El accionista cumplidor tendría que acreditar los daños y perjuicios que le ha supuesto el voto emitido rompiendo dicho pacto. Para ello, ante todo se requerirá que el mencionado voto haya sido imprescindible para la adopción o rechazo del acuerdo.

Por ello, la mejor solución pasa por la previsión contractual de las consecuencias del incumplimiento, a modo de cláusulas penales (art. 1152 y ss Cc) que, en no pocas ocasiones se presentan como única medida disuasoria al incumplimiento de un «pacto de caballeros». No en vano «la pena convencional, prevista en la cláusula penal, tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento, sin que sea precisa la prueba de los mismos» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2009, 211/2009).

Este tipo de estipulaciones contractuales permite fijar de antemano el importe de la indemnización, atendiendo a la valoración global de del posible perjuicio realizan sin necesidad de acreditar la existencia o extensión de los daños sufridos.

Téngase presente también, que el hecho de incorporar una cláusula penal no priva de la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo pactado —ex art. 1124 Cc— puesto que no compete elegir al incumplidor entre cumplir o afrontar la pena, salvo, claro está, que haya sido específicamente previsto en los pactos reservados (art. 1153 Cc).

Por otra parte, debemos apuntar la facultad reconocida al Juez —art. 1154 Cc— de moderar la pena convencional en caso de incumplimiento parcial, a no ser que la cláusula penal prevea precisamente las consecuencias de ese concreto cumplimiento parcial irregular (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014, Rec. 2274/2012).

En cualquier caso, en muchas modalidades de pacto reservado será especialmente com-

plicada que se dé un incumplimiento meramente parcial de lo acordado. Pensemos por ejemplo en un sindicato de voto o en un pacto de no competencia. O se respeta la voluntad de voto de los síndicos o no se respeta, o se compite frente a la sociedad en el mercado o no se compite. O blanco o negro.

Pero si la cláusula penal se establece para un incumplimiento determinado no podrá ser aplicada a ningún otro supuesto, por grave que éste fuere.

Además de la cláusula penal *strictu sensu*, cabe pactar otros mecanismos de defensa automáticos, tales como las opciones de compra y venta, entre otros. Así cabría establecer una opción de venta por parte del socio cumplidor en favor del incumplidor, pero por un precio superior al valor real de las acciones transmitidas; o a la inversa, un derecho de compra por un valor inferior, frente a las acciones del incumplidor.

Por último, nada empece al establecimiento de convenios arbitrales en los pactos reservados.

### iii) Acción de cumplimiento.

Como se ha visto, el art. 1124 Cc permite al perjudicado optar entre la resolución del contrato o exigir el cumplimiento del mismo. Huelga señalar que este cumplimiento no siempre será posible. Podemos pensar en un derecho de adquisición preferente contractual, vulnerado por uno de los socios y en la que la transmisión ha respetado las disposiciones legales y estatutarias relativas a la transmisibilidad de las acciones. En un supuesto de esta naturaleza, parece claro que el titular del derecho no puede atacar la posición adquirida por un tercero (23).

En los supuestos en que no sea posible tal cumplimiento de lo pactado, podrá exigirse el cumplimiento por equivalente. Ahora bien, en principio, siguiendo a la doctrina mayoritaria (24) tal posibilidad de reclamar el cumplimiento por equivalente es subsidiario, debiendo optar el actor por exigir el cumplimiento *in natura* y sólo cuando éste se presente imposible, podrá reclamar el cumplimiento por equivalente.

En caso de ser precisa, la ejecución forzosa de tal sentencia judicial podría revestir distintas formas;

i) Condena a un *dare*, la tutela se logra mediante diligencias de entrega forzosa de la cosa o, si esta es indeterminada, de adquisición de la misma a costa del deudor (art. 1906 Cc y 701ss LEC)

ii) Condena a un *facere* no personalísimo o fungible podrá pedir el ejecutante que se le

faculte para encargarlo a un tercero a costa del ejecutado (art. 1098 Cc y 706 LEC). Si es personalísimo podrá conminarse al deudor para que cumpla él mismo, con multas coercitivas a tales efectos (art. 709 LEC)

iii) Condena a un *volere*, el juez podrá sustituir la emisión de voluntad del socio rebelde (art. 708 LEC)

iv) Condena a un *non facere*, se le requerirá para que deshaga lo mal hecho, bajo la intimación de multas coercitivas (art. 1099 Cc y 710.1 LEC); indemnice los daños y perjuicios causados (art. 1101 Cc y 710.1 LEC); y cese en dicha actividad, incurriendo en responsabilidad criminal en caso de incumplimiento (art. 710.1 LEC; 556 y 634 CP)

Lo anterior no son sino mecanismos previstos en el derecho común que bien pueden ser extrapolables a los pactos parasociales, en cuanto *lex interpartes*.

No desconocemos que esta afirmación cuenta con detractores —en la doctrina científica que la rechazan— en el marco de los pactos de organización— bajo el pretexto de que menoscaba la libertad de decisión del socio, el proceso de deliberación necesario para la formación de la voluntad social, o las posibilidades de defensa de la sociedad y, a la postre, los límites de la cosa juzgada. Sin embargo estas dificultades se consideran superadas por los tratadistas que abordan la cuestión en profundidad.

La ejecución forzosa no puede ser considerada vulneradora de la libertad decisoria del socio, en tanto que fue en ejercicio de esa misma libertad que el socio celebró el contrato. Sería incoherente aceptar que el pacto es válido (art. 1255 Cc), pero negarle su cumplimiento forzoso. Tampoco parece que se atente contra el necesario proceso de deliberación de la voluntad social, desde el momento en que la ley permite el voto delegado con instrucciones (art. 186 LSC).

En lo referente a la facultad de defensa de la sociedad y a la extensión de los efectos de la cosa juzgada —la sentencia afectaría indirectamente a la sociedad, quién no ha intervenido en el proceso—, hay que decir, que la ejecución específica consiste en la emisión del voto, sin prejuzgar su eficacia frente a la sociedad. Eso sin olvidar que el acuerdo adoptado con el «voto judicial» al igual que cualquier otro, es susceptible de impugnación por las causas contempladas en el art. 204 LSC.

### iv) Medidas cautelares.

A nadie se le escapa que la duración de un procedimiento judicial es habitualmente muy superior al deseable, afectando sus dilaciones en no pocas ocasiones, a la eficacia misma de

la tutela que se pretende obtener. Piénsese por ejemplo en un sindicato de voto, cuando se obtenga la Sentencia, la Junta hará ya meses (posiblemente años) que se habrá celebrado. Tal vez incluso resulte más perjudicial para la sociedad entonces volver atrás que correr un tupido velo. Así, por ejemplo, para el caso de que con anterioridad a la Junta General se conozca ya, por haberlo así exteriorizado, la voluntad del síndico de separarse del sentido acordado por el sindicato, PÉREZ MORIONES (25) propone, entre otras medidas, el embargo preventivo de las acciones sindicadas, lo que garantizará la efectividad de una eventual condena dineraria.

## V. EFICACIA AD EXTRA. POSIBLES ESCENARIOS

Como ya hemos apuntado, la Ley se muestra tajante a la hora de negar la oponibilidad de los pactos reservados al ente societario. Para el legislador el Derecho de Sociedades y el Derecho de Obligaciones son vasos comunicados. La idea es sencilla, si los acuerdos reservados nacen al margen del Derecho de Sociedades, su invocabilidad y discusión deberá discurrir igualmente por cauces ajenos al mismo. No se puede hacer pasar por societario lo que desde un origen los socios se han esforzado en que no lo fuera. Esta pronunciada separación entre los ámbitos societario y extrasocietario, venía siendo sostenida sin vacilación por nuestra jurisprudencia.

Pero como ya apuntara LAMARCK (26) «la función crea el órgano y la necesidad la función», por lo que la doctrina ha venido planteándose distintos supuestos en los que la regla general de separación se resquebraja. Pensemos, por ejemplo, en los siguientes escenarios;

i) *Sociedad como beneficiaria de los pactos reservados.* En los pactos de atribución los socios asumen la obligación de procurar ventajas a la sociedad. Parece extrapolable aquí, sin demasiados problemas, el instituto de contrato en favor de tercero (art. 1257 Cc). De tal manera que la sociedad sería aquí un tercero con relación al pacto parasocial, y como tal podrá exigir el cumplimiento de lo pactado que le sea beneficioso.

ii) *Sociedad deudora en pactos de relación.* Nada obsta para que los socios puedan fundamentar pretensiones directas frente a la sociedad en base al derecho común de obligaciones. Pensemos en los pactos de redistribución de dividendos. Con alguna frecuencia nos encontramos con acuerdos en cuya virtud los socios reconocen a favor de uno o varios de ellos el derecho a obtener una parte de los beneficios que les corresponden de acuerdo con las reglas legales o estatutarias. El beneficiario, si bien no dispone de acción directa

frente a la sociedad, el pacto puede incorporar una cesión del derecho al dividendo y, en ese caso, si dicha cesión es notificada a la sociedad, permite al socio cesionario reclamar el pago a la sociedad, y a la sociedad atender el pago liberándose frente a los socios cedentes (art. 1526 Cc y 349 CCom).

iii) *Sociedad como parte del contrato.* Otra opción que se ha barajado entre la doctrina, coincide con la que se aplica convencionalmente en el derecho inglés: incluir a la sociedad en el contrato. No obstante, como ha apuntado algún autor, tal afirmación dista mucho de ser pacífica y presenta no pocas disfunciones. Así ¿con qué título participaría la sociedad en el contrato?, la oponibilidad de los contratos a la sociedad ¿tiene que ver con su conocimiento o consentimiento? ¿sería esta una facultad del administrador o requeriría previo acuerdo de Junta? En su caso ¿con qué mayorías? Y de ser así ¿ese acuerdo no sería susceptible de impugnación por vulnerar, en su caso, preceptos de la LSC? Si bien apuntamos esta opción, creemos que debe ser considerada como una «zona gris». Piénsese que, aún y aceptando que le resultase oponible, deberíamos plantearnos con qué régimen. ¿Le sería aplicable únicamente por el cauce del Derecho de Obligaciones, o también sería predicable el «enforcement» del Derecho de Sociedades?

iv) *Pactos omnilaterales.* Este tipo de pactos son los que han dado más juego a jurisprudencia y doctrina (no así al legislador). Nos referiremos a ellos en los siguientes apartados de este trabajo. Vaya por delante que en algunos ordenamientos, claramente los de EEUU, se ha entendido que se trata de reglas de organización interna de la sociedad y, por tanto, de naturaleza societaria (27).

## VI. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LOS PACTOS OMNILATERALES

En los casos en que las partes del contrato parasocial coinciden con la totalidad de los socios, la razón jurídica invita a pensar que no es posible apelar a la autonomía o separación formal de uno y otro cuerpo de reglas para dar licencia al incumplimiento. La jurisprudencia ha ido evolucionando hasta afirmar en la actualidad la radical inoponibilidad de los pactos parasociales, si bien históricamente se utilizaron mecanismos secundarios (más propios de la jurisprudencia de intereses y carentes de una base jurídica sólida) para legitimar la impugnación de un acuerdo por vulneración de un pacto parasocial. Los mecanismos más socorridos fueron: (i) la ficción de una Junta Universal; (ii) la doctrina del levantamiento del velo; (iii) la interdicción del abuso de derecho.

i) *Ficción de la existencia de una junta universal.* El caso Munaka (28) es el ejemplo más paradigmático. Se recurre al artificio de que el pacto parasocial constituye un acuerdo informal de Junta Universal y que, como acuerdo societario, vincula a la sociedad. El planteamiento no se sostiene por varias razones. La primera porque la Junta Universal requiere que los presentes acuerden unánimemente su celebración como tal Junta (art. 178.1 LSC), y si ese extremo no está recogido en el pacto parasocial —como es de prever—, la dificultad probatoria de tal extremo deviene casi insalvable. La segunda porque nada obsta que una junta posterior revoque un acuerdo adoptado en una junta anterior (art. 204.3 LSC).

ii) *Doctrina del levantamiento del velo.* En la STS de 14 de septiembre de 1987 (caso Hotel Atlantis Playa) se declara que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad cuando ésta no puede considerarse, en atención a la realidad de sus socios, un tercero ajeno e independiente. En ese caso formalmente existía un solo socio, si bien por pacto privado —fiducia— se reconocía tal condición a un segundo socio. El primero de los socios adopta en Junta una serie de acuerdos de importancia, a lo que el segundo decide impugnar los mismos por contravenir los Estatutos que requerían el voto favorable de al menos dos socios. La sociedad se defendía alegando que para ella sólo existía un socio.

iii) *El abuso de derecho.* El ejemplo que suele utilizarse para explicar esta postura lo constituye la RDGRN de 26 de octubre de 1989 (caso Keops). El accionista único constituyó prenda sobre la totalidad de las acciones a fin de obtener financiación. Este socio adopta una serie de acuerdos en Junta que el acreedor considera lesivos. El Registrador deniega la inscripción de los acuerdos amparándose en la figura del abuso de derecho. Su postura fue ratificada por la DGRN.

Los continuos titubeos de nuestro Alto Tribunal han venido generando no pocas confusiones en la doctrina y la jurisprudencia menor, lesionando el principio de seguridad jurídica. Por ello no es difícil encontrar resoluciones de las audiencias provinciales que pregonan la eficacia *ad extra* de los pactos parasociales omnilaterales (29); o que siguen acudiendo a la figura del abuso de derecho para permitir que prevalezca el pacto parasocial (30), o incluso alguna resolución que ha interpretado el pacto parasocial como junta universal (31).

Pese a todo, lo cierto es que el Tribunal Supremo parece haber adoptado —por fin— un tratamiento uniforme en esta materia y lo ha hecho «dando un paso atrás» y ciñéndose a lo que a todas luces es la voluntad del legislador: declarar la inoponibilidad de los pactos parasociales, cualquiera que sea su naturaleza.

En nuestra opinión sólo así pueden interpretarse la numerosa cadena de resoluciones iniciadas con la STS de 10 de diciembre de 2008 y seguidas por las de 5 y las de 6 de marzo de 2009 en las que se acuña la máxima de que «la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado». Discrepamos pues con gran parte de la doctrina que ha visto en estas resoluciones el reconocimiento del Alto Tribunal al «enforcement» de los pactos reservados frente a la sociedad. A nuestro parecer únicamente se remite al art. 204 LSC y a sus causas tasadas de impugnación. Así parece haberlo entendido también la jurisprudencia menor, que desde entonces se muestra especialmente inclinada a desestimar la eficacia *ad extra* de tales pactos reservados (32).

## VII. DOCTRINA MODERNA: OPONIBILIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES

La no integración de los pactos parasociales en el ordenamiento de la persona jurídica determina (i) que no se propaguen al resto de socios ni a los órganos de la persona jurídica; (ii) que no se puedan hacer valer frente a terceros; (iii) que no puedan servirse de los instrumentos de *enforcement* de la persona jurídica, tales como la exclusión del socio incumplidor, ni la impugnación de los acuerdos sociales, ni denegar la inscripción en el libro registro de socios por vulnerar la transmisión de participaciones lo previsto en el acuerdo, etcétera.

Como apunta VAQUERIZO (*ob.cit.*), el problema radica en los pactos que determinan la actuación del socio en los órganos sociales, siendo que la inobservancia del pacto se encuentra motivada muy a menudo por el oportunismo del socio infractor. Que el socio vote en contra del pacto parasocial se trata de un resultado que repugna el espíritu de justicia material. En estos casos, según SÁEZ LACAVE (*ob.cit.*) «al margen de consideraciones dogmáticas, el sentido común se impone. A la hora de la verdad, el derecho no puede permitir que el formalismo al que da lugar la regla de la inoponibilidad ampare a quien se comporta abiertamente de mala fe, de manera desleal o abusiva». En suma, el ordenamiento no debería conceder cobertura a aquél que se escuda en su propio incumplimiento.

La tesis moderna impulsada de modo especial por PAZ-ARES se erige como justificación de la oponibilidad a la sociedad de los pactos reservados.

El planteamiento es algo complejo pero muy bien estructurado. En primer lugar debemos atender a la finalidad y base jurídica —al «te-  
leos»— del principio de inoponibilidad, que



no es otro que el principio de relatividad de los contratos. De tal suerte que no pueden oponerse sus pactos a quién no es parte del negocio jurídico.

Tal principio tendría una doble vertiente: subjetiva —«res inter alios acta tertiis non nocet»— y objetiva —los pactos parasociales surgen al margen del Derecho de Sociedades—, y cuando ambas se desactivasen, el principio quedaría privado de su finalidad, debiendo ser inaplicable, al abrigo del principio «cessante rationis legis, cessat lex ipsa».

El elemento subjetivo decaería desde el momento en que nos encontraríamos ante un pacto omilateral en el que coincidieran las partes del acuerdo social con las del acuerdo extra societario.

La coincidencia subjetiva sería requisito necesario pero insuficiente. Es necesario que decaiga el elemento objetivo, lo que se produce únicamente cuando por la vía del Derecho de Obligaciones podemos alcanzar las mismas consecuencias jurídicas que por la vía del Derecho Societario. Nadie debería poder conseguir por la vía societaria una tutela mayor que la que le dispensa la vía obligacional o contractual. Eso cerraría indudablemente la vía a la exclusión del socio incumplidor (33), pero no así a la impugnación de los acuerdos sociales.

Parece claro que el incumplimiento de un pacto parasocial puede impulsar una acción de indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 Cc), una acción resolutoria (art. 1124 Cc), pero también una acción de cumplimiento en forma específica. En atención a esta última, tal y como ya hemos apuntado anteriormente, se podría obtener una sentencia que declare la obligación que incumbe a quien desatendió lo pactado.

De lo anterior debemos extraer una conclusión, a saber: por la vía común del Derecho de obligaciones —y no sin padecimientos—, podemos alcanzar el mismo objetivo que por

el Derecho de Sociedades. De esta suerte, podemos «remover» la situación e, incluso, forzar al socio rebelde a emitir (o sustituir) su voto —mediante la ejecución de la condena a un «volere» ex art. 708 LEC—. Surge entonces la siguiente pregunta entre los tratadistas: ¿acaso no decae así el elemento objetivo del principio de relatividad de los contratos? ¿Si coinciden las personas que firman el contrato social, y además por la vía del Derecho común puedo conseguir ese mismo objetivo, porque no facilitar las cosas y abrir directamente la vía de la impugnación de los acuerdos sociales?

Tales interrogantes se ven a su vez alimentados con la regla «dolo facit qui petit quod redditurus est». De acuerdo con este brocardo recogido ya en el Digesto, actúa antijurídicamente quien se escuda en una norma que le ampara sólo provisionalmente. No puede mantenerse ahora lo que ha de desaparecer después.

El *punctum saliens* de la teoría parece residir en el principio de economía procesal. Si puedo llegar hasta ese extremo (la emisión de un voto conforme a lo pactado) a través de un arduo camino procesal, ¿por qué negarme el acceso a la tutela específica que contempla el Derecho societario? ¿Tiene algún sustrato de justicia material que el legislador me obligue a tramitar mi pretensión por el *iter* procesal más arduo y escabroso?

Estos interrogantes planteados por la doctrina moderna traen a nuestra memoria distintos campos en los que nuestro ordenamiento jurídico arbitra procedimientos sumarios tales como los interdictos posesorios, el proceso monitorio, la ejecución hipotecaria, etcétera. A través de éstos el demandante puede obtener la tutela con mayor presteza siempre que se cumplan una serie de requisitos procesales. Eso no quiere decir que no pueda obtener exactamente la misma tutela a través de un proceso declarativo y su posterior ejecución, lo que claro está sería mucho más arduo. Pensemos así en un préstamo hipotecario que reúne todos los requisitos de forma

para acceder al proceso especial de ejecución hipotecaria, salvo uno: se ha perdido la escritura que ostenta fuerza ejecutiva y tan sólo conserva el acreedor una copia simple (34). Ese único detalle —de contenido meramente formal y no material—, desterrará la pretensión del acreedor al procedimiento declarativo ordinario y a la posterior interposición de ejecución de títulos judiciales. Es decir, presumiblemente obtendrá el mismo resultado que a través de la ejecución hipotecaria, pero de manera más costosa y dilatada en el tiempo.

Queremos llegar a la siguiente observación: la posibilidad de ejercitar una acción determinada y no otra, no obedece solamente a cuestiones de justicia material, ni de practicidad, ni tan siquiera a la oportunidad de alcanzar idéntico objetivo a través de caminos más tortuosos. En ocasiones la «llave maestra» no está en el principio de economía procesal, obedeciendo los posibles óbices procesales a una mera decisión de política legislativa. Creemos que en el concreto supuesto de la impugnación de los acuerdos sociales —igual que sucede en otros campos del derecho—, el legislador ha optado por limitar su acceso a determinados supuestos tasados.

## VIII. A MODO DE RÉPLICA A LA DOCTRINA MODERNA Y REFLEXIONES FINALES

La tesis moderna desarrollada por nuestra doctrina más cualificada, goza de una loable riqueza argumental y expositiva que desgrana la epistemología más íntima del Derecho de Sociedades y tiende a justificar —no sin esfuerzos— la utilidad y conveniencia de la eficacia *ad extra* de los pactos omnilaterales.

El principio de relatividad de los contratos y el examen de sus dos vertientes (subjettiva y objetiva), tienen indudable valor dogmático, pero por desgracia —y por el momento— si observamos el muro que supone para esta teoría el art. 204.1 LSC, debemos concluir que la misma se mueve más en el plano metafísico que en el teórico-práctico. Apreciamos cierto reparo en el seno de la doctrina para reconocer abiertamente que tanto la ley como el Tribunal Supremo se han decantado por lo que se ha denominado la *tesis clásica* consistente en una aplicación rígida del principio de inoponibilidad consagrado en el art. 29 LSC.

Lo cierto es que aunque pudiera ser aconsejable que las normas siguieran otros dictados, la ley dice lo que dice y el art. 204 LSC establece un catálogo *numerus clausus* de causas de impugnación de acuerdos sociales. Así no podrá impugnarse los acuerdos de la Junta General o del Consejo de Administración si éstos no vulneran la ley, los estatutos o el interés social.

Y la cosa no es tan sencilla como propugna algún sector doctrinal, de equiparar sin más el interés social con la suma de los intereses de todos los socios. Qué hay, por ejemplo, de un acuerdo parasocial en que los socios —todos ellos— se comprometieran a disolver la sociedad en el plazo de cinco años. Si transcurrido ese lapso la compañía se ha convertido en una empresa de reconocida implantación en el sector en el que desarrolla su actividad ¿su desaparición del mundo jurídico se corresponde con el interés social?

Más aún, conviene que nos preguntemos qué interés social es el que debemos analizar, si el de la fecha de la firma del acuerdo reservado o el apreciable al tiempo en que el mismo se pretende hacer valer. Seríamos sumamente ingenuos si concibiéramos el interés social como un fin estático e inmutable. Al contrario, es dinámico e identificable como ánimo o motivación independiente a la mera suma de querer de sus socios (35). Suma de voluntades que por otra parte, por definición, no concurre. Después de todo si todos los socios pensarán igual no habría disputa, y si la hay es precisamente porque alguno/s de los socios ya no opina/n cómo opinaba/n, por lo que en puridad ya no se da esa suma ideal y homogénea de voluntades. De esta suerte, lo que tal vez un día fue «interés social», bien pudiera no serlo hoy, y eso aún y cuando se aceptase el planteamiento de la tesis contractualista, respecto de la que nos confesamos algo reticentes.

Por otra parte, como ha apuntado algún autor, es más o menos discutible que un pacto omnilateral refleje la voluntad institucional del ente societario, pero lo que es incontestable es que la Junta General sí la representa. Así si la Junta decide cosa contraria al pacto parasocial, tal vez ello nos pueda servir a la vez como termómetro —sirviéndonos de la misma regla de tres— de que lo que un día quiso la sociedad, ha dejado de resultar interesante. Lo que pudiere haber sido identificable con el interés social, tal vez hoy ya no lo sea.

Y tampoco nos parece acertado el planteamiento utilizado en alguna resolución judicial, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 25 de julio de 2013, que a la hora de analizar la posible lesión al interés social, no centra su atención en si el acuerdo resulta o no perjudicial al mismo, sino hasta qué punto va a lesionar tal interés social la propia Sentencia que se dicte. En concreto, tras hacerse eco de la doctrina de la inoponibilidad, afirma que;

*«no nos convence, por contraria a la economía procesal y a las exigencias de eficacia—que, en definitiva, afectan a los intereses de la sociedad—, la solución propuesta de que, terminado este juicio con la anulación de los acuerdos por haber votado el usufructuario, deba acudir a un nuevo juicio en que se imponga al hoy de-*

*mandante el deber de respetar el derecho de voto del usufructuario».*

Pese a que no le falta razón al tribunal en que la inoponibilidad en este caso vulnera el principio de economía procesal, nos parece desafortunada la perspectiva de que sea ese el motivo por el que introduzca la cuestión en la esfera del interés social. Lo que debe ser objeto de valoración, ex art. 204 LSC es si el acuerdo —y no las consecuencias de la política legislativa— es contrario a los intereses sociales, a la ley o a los estatutos.

Con todo lo anterior no pretendemos negar el potencial probatorio de un pacto omnilateral en un hipotético procedimiento judicial, a los efectos de valorar si el acuerdo es contrario al interés social. Lo que pretendemos subrayar es que tanto el legislador como la jurisprudencia han relegado los pactos parasociales a ese plano periférico. Éstos **NO** son oponibles a la sociedad, ni podrán serlo a través de la construcción doctrinal apuntada por la doctrina moderna. De hecho no se nos ocurre prueba más evidente del divorcio entre la doctrina y el legislador que la redacción propuesta en el Anteproyecto de Código Mercantil para su art. 213-21, apartado 1;

*«Los pactos celebrados entre todos o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos, estén o no depositados en el Registro Mercantil, no serán oponibles a la sociedad. Los acuerdos sociales adoptados en contra de lo previsto en los pactos serán válidos».*

Cosa muy distinta es que nos puedan servir como un elemento probatorio más en un ulterior procedimiento judicial, en el que no bastará con probar que se ha infringido el acuerdo extra estatutario, sino que se requerirá un «plus» consistente en que se acredite la concurrencia de un perjuicio concreto a la sociedad.

Por todo lo anterior, debemos concluir que los operadores jurídicos lo que reclaman es una reforma legal, que no jurisprudencial. Ítem más, la materia es lo suficientemente compleja como para aconsejar que sea así. Si una corriente jurisprudencial declarara oponibles a la sociedad los pactos suscritos por todos los socios, ello no apaciguaría totalmente el debate. La cuestión exige una mayor profundidad: ¿por qué no pueden ser oponibles también los suscritos por la mayoría? Y en ese caso, ¿qué mayoría la ordinaria o la reforzada para la modificación estatutaria, o —en caso de existir— la estatutariamente reforzada? De permitirse la oponibilidad de los acuerdos de la mayoría, el siguiente paso sería el de arbitrar un medio de publicidad que asegure su conocimiento por el resto de socios y por la totalidad de los administradores de la sociedad.



Delicadas cuestiones que exigen mano de cirujano y una dedicación exhaustiva que excede a la esperable de la *ratio decidendi* de una sentencia judicial. Por ello desde aquí venimos a realizar una propuesta de *lege ferenda* que regule la oponibilidad de los pactos parasociales, los requisitos para que ello acontezca y el régimen de publicidad que, en su caso, deberá concedérseles. Lo que parece indudable es que estos pactos, al menos en los extremos a los que quiera conferirse eficacia *ad extra*, deberán contar con tres límites infranqueables:

i) La tutela de los terceros.

ii) Las normas imperativas del Derecho de Sociedades. Tanto si nos referimos a normas de *ius cogens* como si nos referimos a normas de *ius imperativum* —parafraseando a PAZ ARES—, pues de lo contrario se abriría

la puerta al fraude de ley (36). Ahora bien, no estaría de más que el legislador aprovechara esta oportunidad para esclarecer —ya de paso— el concepto vaporoso de los *principios configuradores del tipo societario*, al que legislador y jurisprudencia recurren habitualmente sin que nadie sepa muy bien que son (37).

iii) La propia voluntad de los firmantes. Consideramos que éstos deberían pactar expresamente que su deseo pasa por que el pacto sea oponible a la sociedad y dotarle de ese nivel de *enforcement*. Como nos dice MADRILEJOS (38) si no se recoge el contenido de los pactos parasociales en los estatutos de la sociedad, es porque «o no se puede o no se quiere». No parece excesivamente peregrino pensar que tal vez los socios prefieran conservar la opción de incumplir el acuerdo a cambio de un «precio», consistente en la cláusula penal correspondiente.

En suma, la doctrina científica ha sentado las bases, ha establecido los cimientos, ahora lo que queda es que se esgriman las armas de las que disponen los poderes legislativo y judicial, especialmente el primero si hacemos un guiño a Montesquieu y recordamos su máxima de que el Juez está llamado a ser *la boïche de la loi*. De no producirse ese paso al frente por parte del legislador, estaremos como a día de hoy, sólo ante palabras.

Aunque si queremos romper una lanza en favor de la doctrina moderna, podemos recordar la cita de W. BLAKE (39) «Lo que hoy es demostrado fácilmente, fue una vez sólo imaginado». Y hoy estamos a nuestro parecer en esa fase genética, fruto de la ilusión, del imaginario, y carente por el momento de plasmación positiva. ■

## NOTAS

(1) YANES YANES, *Los pactos parasociales no comunicados*. Diario LA LEY, núm. 7531. Si bien el autor hace referencia a la esfera de las sociedades cotizadas, tal observación es fácilmente extrapolable a todas las sociedades de capital.

(2) Como muestra de la insuficiencia de la ley, SÁEZ LACAVE (Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces. Revista Indret, julio de 2009) nos propone la siguiente reflexión: «si así fuera, no habría acuerdos de accionistas, o habría muy pocos». En suma, las ineficiencias de la norma se salvan a través de la contratación.

(3) PÉREZ RAMOS, *Problemas que plantean los pactos parasociales*. Actum Mercantil & Contable, núm. 20, julio-septiembre 2012.

(4) También en los arts. 518 a 523 LSC para las sociedades cotizadas.

(5) Véanse entre otras las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1901 y 10 de junio de 1904.

(6) El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, define el protocolo como un «conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que se guardan vínculos familiares con respecto de una sociedad no cotizada en la que se tiene un interés común».

Con la formulación de un protocolo se pretende establecer principios orientativos y cláusulas específicas para regular las relaciones futuras bajo los principios de cohesión y armonía de la familia, en tanto que propietaria actual y futura de la empresa. El objetivo ha de ir dirigido, principalmente, a regular relaciones orgánicas y patrimoniales para buscar la continuidad de la empresa de la manera más eficaz posible. El establecimiento de un protocolo familiar ha de servir para evitar tensiones familiares que afecten a la empresa, así como para determinar derechos y obligaciones de la familia en la empresa, regular el acceso de los miembros de la familia al grupo empresarial y establecer cauces pacíficos de solución de los conflictos que puedan surgir.

Asimismo permitirá al grupo familiar acceder a importantes beneficios fiscales en la tenencia y transmisión lucrativa del patrimonio familiar, así como, en su caso, determinar que dichos beneficios fiscales afecten por igual a todos los miembros de la unidad familiar

(7) Véase PAZ-ARES, *La validez de los pactos parasociales*. Diario LA LEY núm. 7714. Para este autor deviene irrelevante la imperatividad tipológica, que no deriva tanto de la esencia de lo regulado como de razones cáliz tecnocrático —con las que el legislador ha querido vertebrar la organización societaria—, paternalistas —establecidas en defensa de las minorías—; o políticas —derechos individuales del socio—. Ninguna de estas normas imperativas debieran ser un límite para la autonomía de la voluntad, que únicamente se vería fiscalizada por los valores centrales o fundamentales del derecho privado, como pudieran ser los pactos leoninos.

(8) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, tomo I: Sociedades colectivas y comanditarias. G. T., Madrid, 1976. Para este autor resultará nulo todo pacto que «se proponga un fin que atente contra preceptos de *ius cogens*».

(9) NOVAL PATO, *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*. Civitas. Madrid, 2012

(10) FELIÚ REY, *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*. Marcial Pons. Madrid, 2012. Este autor tacha de ilícita la causa de los pactos reservados que pretenden eludir la rigurosidad imperativa de la disciplina societaria.

(11) Pese a que no faltan resoluciones que se adhieran a la misma. Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2007 que razona: «la expresión pacto parasocial, como creación doctrinal, se refiere a los acuerdos celebrados entre algunos o todos los socios de una Sociedad Anónima o Limitada para regular por la autonomía de la voluntad las relaciones internas entre ellos, en la medida en que, como derecho dispositivo, sean compatibles con aquellos puntos de derecho necesario de las normas jurídicas o estatutarias que rigen la Sociedad de que se trate».

(12) VAQUERIZO, «Comentario al art. 29», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I. coord. por ROJO y BELTRÁN. Madrid, 2011. Thomson Reuters. págs. 396-405.

(13) En este sentido puede citarse a ALBELLÁ AMIGO, («Régimen de publicidad de los pactos parasociales» en *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*. coord. URÍA, 2007, LA LEY, págs. 853-870); a RECALDE y DE DIOS MARTÍNEZ, (*Los pactos parasociales en la Ley de Transparencia: una cuestión polémica*. 2004. LA LEY, págs.

1585-1595). Pero es de justicia señalar que sus pronunciamientos se realizan de manera incidental y tal vez no expresen una opinión fundada.

Totalmente en contra de esta admisión de validez puede encontrarse a SÁNCHEZ CALERO, (*Ofertas Públicas de adquisición de acciones*. Civitas. 2009), para quién los márgenes de licitud de este tipo de pactos son mucho más estrechos y se circunscriben a las cuestiones de mera organización —designación de cargos, cooptación, etc.—, y no pueden alcanzar el ámbito de gestión de la sociedad.

(14) PAZ-ARES, *Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo*. Revista Indret, abril de 2010.

(15) Nótese que aunque esto pudiera ser discutible a la vista de lo dispuesto en el art. 161 LSC, el art. 236.2 del mismo cuerpo legal no exonera de responsabilidad a los administradores porque «el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general».

(16) MENENDEZ, «Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima». En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Civitas, Madrid, 1978.

(17) El sindicato unilateral de voto no es extraño en la práctica y es totalmente válido si acogemos la tesis amplia o la intermedia a las que nos hemos referido «ut supra».

(18) CARRASCO PEREIRA, *Derecho de los contratos*, Madrid, 2010, pág. 522.

(19) El sistema clásico, mayoritario hasta aproximadamente la década de los «70», hacía especial hincapié en la base causal del ánimo negocial atendiendo a la concurrencia de ánimo de lucro.

Simplificando la cuestión, podría decirse que la doctrina históricamente ha tendido a coger los elementos de la sociedad civil —entendida como tipo de frecuencia— e ir restándole aquellos que no impiden que mantenga su naturaleza jurídica. Así se alcanza un esqueleto epistemológico intocable, la sociedad general como concepto, para la que se precisan únicamente tres elementos: (i) comunidad de fin —fin común—, se identifica por tanto con un contrato de colaboración y no de lucha económica —como pudiera ser la compraventa—; (ii) comunidad de contribución; (iii) el negocio jurídico. Tradicionalmente se concebía la sociedad desde una génesis contractual, sin embargo a día de hoy,

permitiéndose la sociedad unipersonal, este tercer elemento pierde protagonismo.

Así, para el sistema o doctrina actual, entre los que podemos citar a GIRÓN TENA o a FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, con independencia de que no exista un ánimo de lucro definido, los pactos parasociales —piénsese en los protocolos familiares o los sindicatos de voto— son calificables de sociedad interna, al concurrir sus notas definitorias.

(20) DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS. Sistema del Derecho Civil: Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Tecnos. Madrid. 2005.

(21) PASTOR I VICENT. Los pactos parasociales. Eficacia inter partes y frente a la sociedad. Revista jurídica de la Comunidad Valenciana, núm. 47. Tirant Lo Blanch. 2013

(22) A título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 22 de junio de 2002.

(23) Éste es precisamente el supuesto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, 153/2005, de 22 de febrero, en la que se señala «el derecho de adquisición preferente de los socios sindicados no estaba reconocido en norma estatutaria de la sociedad, sin o en un pacto convencional de determinados socios por lo que, en principio, la falta de comunicación previa a la transmisión de las acciones a los socios sindicados no tiene como consecuencia jurídica la nulidad de la transmisión, sino, como expresamente prevé el pacto de sindicación, en su caso, la indemnización fijada a cargo del socio sindicado trasgresor».

(24) Entre otros SANTOS BRIZ, (Derecho Civil, teoría y práctica, Vol. III, Las relaciones obligatorias. Civitas. Madrid).

(25) PÉREZ MORIONES, Los sindicatos de voto para la Junta General de la Sociedad Anónima. Tirant lo Blanch. Valencia, pág. 481.

(26) LAMARCK, Filosofía zoológica. 1809.

(27) Consúltase el comentario oficial a la sección 7.32 del Model Bussines Corporation.

(28) Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1991 y de 10 de febrero de 1992. También cabe citar la Sentencia del Alto Tribunal de 18 de marzo de 2002.

(29) Por ejemplo la SAP Pontevedra de 21 de junio de 2010: «los pactos en cuestión no se integran en el ordenamiento de la persona

jurídica, permaneciendo en la esfera jurídica de quienes en ellos intervinieron [...] la principal excepción a esta afirmación se produce cuando los intervinientes en el pacto son todos los socios, existiendo pues una identidad subjetiva con la sociedad».

(30) Puede verse la interesantísima Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 16 de noviembre de 2012 en la que se adoptó un acuerdo societario al amparo del pacto parasocial y uno de los socios decide impugnarlo por contravenir las disposiciones estatutarias. En ese caso el Tribunal resuelve que constituiría un abuso de derecho pretender hacer valer las previsiones estatutarias e inadmite la impugnación. Curiosa nos parece la «defensa» del tribunal que aduce que no estamos ante una impugnación de un acuerdo social por vulneración de uno parasocial —en cuyo caso el resultado pudiera haber sido distinto—, sino ante una impugnación de un acuerdo adoptado conforme al pacto parasocial por contravenir los estatutos. Para nosotros se trata de dos caras de la misma moneda y no apreciamos tal diferencia.

(31) En esta línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 30 de junio de 2008.

(32) Véanse a título de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 30 de octubre de 2013; la Sentencia de la Audiencia Provincial de León. (Sección 1.ª) de 21 de febrero de 2013; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª) de 31 de julio de 2013; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 12 de noviembre de 2013.

(33) Si bien algún autor como SÁEZ LACAVE (ob cit.), sostiene que la exclusión no debe tenerse por barrera infranqueable, en tanto que se trata en definitiva de un remedio de naturaleza contractual adaptado a la idiosincrasia de las relaciones societarias.

(34) Por servir al razonamiento que intentamos plasmar, supongamos que no se incorpora en la escritura ninguna autorización para la obtención de ulteriores copias ejecutivas en el sentido del art. 517.2.4.º LEC, y que no estamos ante un potencial emisor de cédulas hipotecarias en el sentido del art. 685.4 LEC.

(35) No se nos negará que, cuando menos, a modo de construcción abstracta es defendible la idea de un interés autónomo —que no superior ni más elevado— de la persona jurídica, respecto al de los socios que configuran su capital social. Ciertamente cada socio, como es natural, se

mueve por intereses egoístas que no tienen por qué coincidir con un interés comunitario.

(36) Nos acercamos bastante en este punto al criterio de PÉREZ RAMOS (ob.cit.), si bien mostrándonos menos tajantes y remarcando la distinción entre validez y eficacia de los pactos parasociales. Los pactos parasociales que vulneren normas formalistas de la LSC y del RRM, serán plenamente válidos, con independencia de que todas o algunas de sus estipulaciones no resulten oponibles a la sociedad. Nada obsta a que determinadas disposiciones del acuerdo reservado sean oponibles a la sociedad y otras únicamente a los celebrantes.

En concreto, el citado autor a la hora de pronunciarse sobre la validez de los pactos parasociales realiza la siguiente reflexión:

«la clave está en la postura que se sostenga respecto a los efectos del pacto parasocial frente a la sociedad. Si defendemos que en el pacto parasocial suscrito por todos los socios produce efectos frente a la sociedad deberemos aplicar los límites a la autonomía de la voluntad recogidos en el derecho de sociedades, porque sería absurdo aplicarlos a los pactos estatutarios y sociales y no a los pactos para sociales cuando todos ellos son oponibles a la sociedad.

Cuestión diferente es que sostengamos que los pactos parasociales no producen efectos frente a la sociedad, en este caso sí que nos movemos en el ámbito del derecho general de obligaciones...».

Sin embargo, para nosotros validez y eficacia son dos conceptos totalmente distintos. El pacto es válido con independencia de la extensión de su eficacia frente a la sociedad, hasta el punto de que tal vez algunos de sus pactos sean oponibles al ente societario y otros no.

(37) Como sarcásticamente apunta ALFARO AGUILA-REAL (Sociedades profesionales: la Sala 1.ª no tiene un alma, tiene varias y variadas, septiembre 2007) «si Dios sabe lo que son, no se lo ha dicho al Tribunal Supremo».

(38) MADRILEJOS La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009. Cuadernos de derecho y comercio, núm. 52.

(39) W. BLAKE El matrimonio del cielo y el infierno. Proverbios del infierno. 1793.

## LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL ANTE UNA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA

COLECCIÓN BAKER & MCKENZIE

Autor: Enrique Moreno Serrano.

Páginas: 172 / ISBN: 978-84-9020-400-9 / Rústica



VERSIÓN PAPER:

27,98 € (+IVA)

AHORA: 26,49 € (+IVA)

5%  
descuento



VERSIÓN

DIGITAL (smarteca)

23,97 € (+IVA)

AHORA: 22,77 € (+IVA)

ELIGE  
TU  
VERSIÓN

 Wolters Kluwer  
LA LEY

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:

902 250 500 tel. / clientes@wke.es

PAPER: <http://tienda.wolterskluwer.es> / DIGITAL: [www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)