



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Facultat de Dret
Facultad de Derecho

FACULTAD DE DERECHO

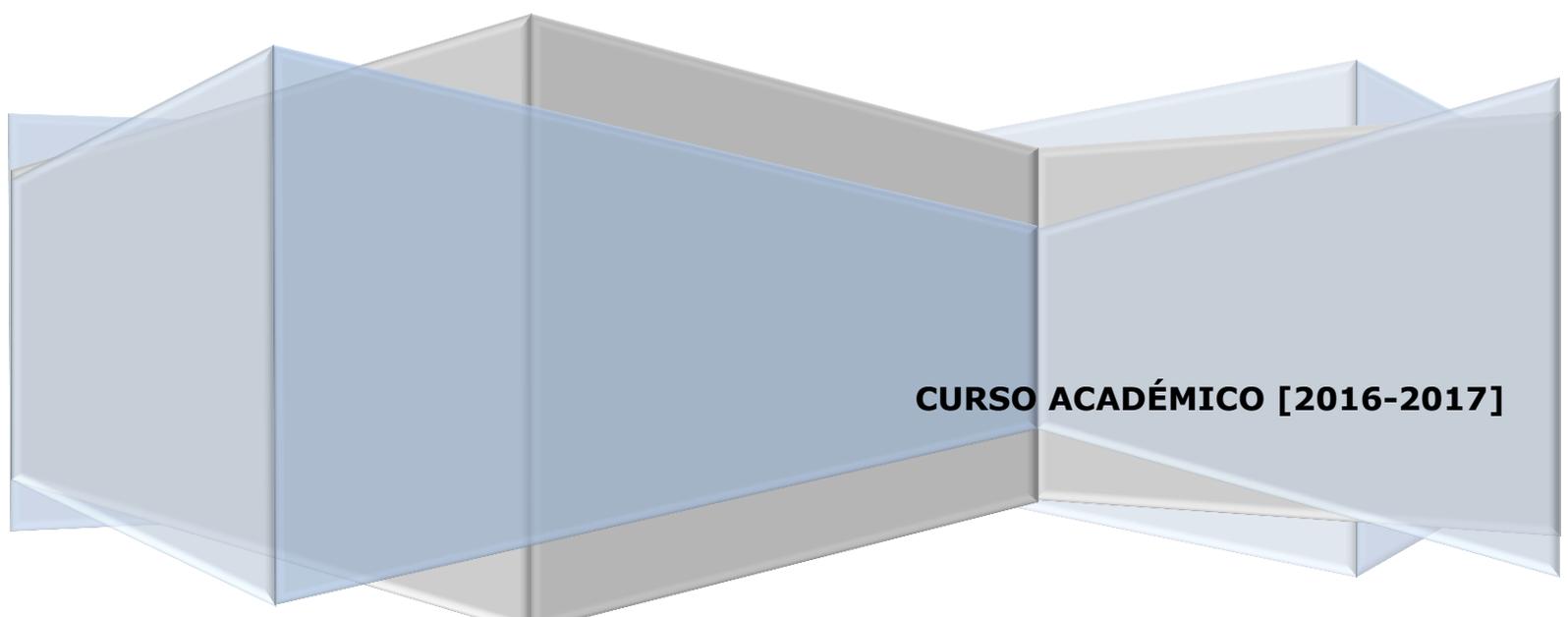
GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

**PRIMER ACERCAMIENTO A LOS PACTOS
PARASOCIALES.**

AUTOR: MARINA VÁZQUEZ ESTEBAN.

TUTOR ACADÉMICO: Prof.^a, Dña. PILAR MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS.



CURSO ACADÉMICO [2016-2017]

ÍNDICE DE CONTENIDOS

<u>I. PLANTEAMIENTO</u>	<u>3</u>
<u>II. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES.....</u>	<u>3</u>
1. CONCEPTO.	3
2. NATURALEZA.	4
3. CARÁCTERES.....	6
<u>III. TIPOLOGÍA.....</u>	<u>8</u>
1. SEGÚN SU CONTENIDO.	8
2. OTRAS CLASIFICACIONES.	10
<u>IV. LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PARASOCIALES.....</u>	<u>11</u>
1. UN REPASO POR LA CUESTIÓN.....	11
2. LA VALIDEZ.....	12
3. LÍMITES A LA VALIDEZ.	13
I. PACTOS PARASOCIALES Y PRINCIPIOS CONFIGURADORES DEL TIPO. LA DOCTRINA ENFRENTADA.....	17
a. Delimitación de conceptos: Ius cogens vs. Ius Imperativum o imperatividad tipológica e imeratividad sustantiva.....	17
b. La imperatividad tipológica como límite a la validez de los pactos parasociales.	18
c. La irrelevancia de la imperatividad tipológica.	20
<u>V. LA CUESTIÓN DE LA EFICACIA DE LOS PACTOS PARASOCIALES.....</u>	<u>20</u>
1. INTRODUCCIÓN.	20
2. LA EFICACIA.....	21
3. MECANISMOS DE EFICACIA.....	23
I. INTRODUCCIÓN.....	23
II. INSTRUMENTOS JURISPRUDENCIALES Y DEBATE DOCTRINAL.....	23
III. MECANISMOS CONTRACTUALES.....	25
a. Acción de cumplimiento.....	25

b. Indemnización de daños y perjuicios.....	26
c. Medios resolutorios.	27
d. La cláusula penal.....	27
e. Otras medidas contractuales.	27
IV. MECANISMOS SOCIETARIOS.	27
a. Las prestaciones accesorias.	27
b. Impugnación de acuerdos sociales.....	28
<u>II. CONCLUSIONES</u>	28

I. PLANTEAMIENTO

En el presente trabajo, trataremos de llevar a cabo un primer acercamiento a la figura de los pactos parasociales. Ello incluye un vistazo por el concepto, naturaleza y caracteres, así como por la tipología clasificada a ojos de la doctrina, para tener una idea general del alcance de los mismos.

Nos detendremos algo más, al alcanzar cuestiones controvertidas y de actual debate en la doctrina, sobre la validez y requisitos para la misma de los pactos, así como la eficacia real de éstos, dada la estricta regulación de nuestro ordenamiento, que no parece disuadir a los socios de la firma de tales pactos.

Incluimos jurisprudencia, para dar luz a tales cuestiones ya que son una muestra clara de la situación en la que nos encontramos, con relación a las posibles soluciones que pueden obtener los contratantes que opten por dichos instrumentos.

Todo ello bajo la constante sombra de la problemática que siempre les acompaña, ante la gran distancia que existe entre la más estricta ley y la realidad de la práctica mercantil. Se hará un repaso, por tanto, de las distintas líneas jurisprudenciales y doctrinales que surgen con cada una de estas cuestiones.

II. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES.

1. Concepto.

Los pactos parasociales, también denominados pactos reservados, extraestatutarios o shareholder agreements, en el panorama internacional, ven el origen de su *nomen iuris* en la literatura jurídica italiana. Pero partiendo de la doctrina española, podemos definirlos, como *acuerdos estructuralmente autónomos del negocio fundacional*.¹ Desarrollando esto un poco más, nos basamos en una selección de doctrina, que se pronuncia al respecto de la siguiente manera:

Son *acuerdos privados suscritos entre una parte o la totalidad de los socios de una sociedad buscando una regulación de sus relaciones al margen de la Ley y de los*

¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., Derecho Mercantil Parte Primera. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2015, p.403.

*Estatutos por resultar contrarios a ellos o buscar el secreto de los mismos y que, como regla general, solamente tienen eficacia, al igual que los contratos privados, interpartes, no resultando oponibles frente a la sociedad o frente a socios no contratantes*².

También podemos referirnos a ellos como *convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen*³.

Sin embargo, debemos destacar la definición recogida por las sentencias del Tribunal Supremo, de fecha 6 de marzo de 2009, como de mayor relevancia, cuando manifiesta que *los pactos parasociales 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, son válidos siempre que no superen los límites impuestos por la autonomía de la voluntad*⁴.

Como éstos, un sinnúmero de autores se aventuran a definir unos pactos que actualmente carecen de la debida regulación en el ordenamiento español, así como la jurisprudencia, en aras de dotarles de cierta cobertura jurídica ante los problemas e incertidumbres consecuentes. Procederemos a continuación a profundizar algo más en los conceptos, mediante la delimitación de su tipología general y naturaleza para desgranar junto con el concepto previamente analizado sus características principales y así avanzar en su comprensión.

2. Naturaleza.

Los pactos parasociales en primer lugar tienen una naturaleza jurídica que resulta evidente en un primer momento, a pesar de la problemática que el mismo encierra: la **contractual**⁵. Los pactos reservados, como figura extraestatutaria, tienen una estructura contractual que ve su origen en la autonomía privada, en la voluntad de las partes para

² BERGES ANGÓS, I., *Pactos parasociales*. Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 7184, 2009.

³ PAZ-ARES, C., citado por VALENCIA F. Y DUAL R., *Gobierno Corporativo. Aspectos Teóricos y Prácticos*, Cuatrecasas Gonçalvez-Pereira, marzo 2016.

⁴ SSTs de fecha 6 de marzo de 2009, Nº 128 y Nº 138 [JUR 2009/140200 y JUR 2009/140201].

⁵ MORALES BARCELÓ, J., *Pactos parasociales <<VS>> Estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción*. Revista de Derecho de Sociedades 42, 2014. P.p. 169-193. En el mismo sentido se sitúa la doctrina mayoritaria, así como toda la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, destacando en este caso a ESPERANZA GALLEGO, FELIU-REY, PAZ-ARES, NOVAL PATO, TOBÍO RIVAS, GIORGIO OPPO; junto con LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ, RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, SONIA y FERNÁNDEZ PUY, GLORIA, entre otros muchos, dentro de la doctrina española.

el desarrollo de su contenido. Sin embargo, como ya hemos avanzado, el ordenamiento español no los regula, por lo que se consideran contratos atípicos que con una primera mirada, debieran someterse al Derecho de las Obligaciones⁶ para la sujeción de las partes y a pesar de tan fuerte conexión con el Derecho de Sociedades⁷.

Para su mejor regulación, numerosos autores tratan de asimilarlo a figuras contractuales afines, mientras que otros lo delimitan de forma negativa, distinguiéndolo de las figuras que se conocen, como por ejemplo, de los *gentlement agreements*⁸. Todo ello, forjando como base para su delimitación, el *nomen iuris*, la jurisprudencia existente y el *soft law* o comentarios de la doctrina de los que se disponen, para suplir esa falta de régimen legal, sistemático y ordenado, de una figura que sin embargo goza de una gran tipicidad social, con expectativas de crecimiento.⁹ Es en este punto de las distintas doctrinas que se desarrollan cuando surgen los mayores conflictos, ya que en muchas ocasiones chocan con la práctica.

Son, en definitiva, acuerdos estructuralmente autónomos del negocio fundacional, que no han sido incorporados a los estatutos y que por tanto no son oponibles a la sociedad ni a terceros ajenos al mismo¹⁰, sino que únicamente vincularía a los firmantes (art. 29 Ley de Sociedades de Capital). Se constituyen como sociedades internas, puramente obligacionales¹¹. Además, pesar de que son incontables los motivos por los que los socios de una sociedad constituirían un pacto parasocial, el **elemento funcional** de éstos, como elemento común a todos ellos, es la regulación de un mismo interés o conducta social compartida por todos los socios firmantes, en aras de modificar o complementar el régimen impuesto en la escritura o estatutos sociales¹². Es decir, el

⁶ PÉREZ MILLÁN, D., *Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales*. Revista de Derecho Bancario num. 117/2010 parte Artículos Doctrinales. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, p.3.

⁷ PÉREZ MILLÁN, D., *Presupuestos y fundamento jurídico de la...* *op.cit.* p.3.

⁸ Los *gentlement agreements* se caracterizan por ser acuerdos entre las partes basados en el honor, pero sin ninguna fuerza legal vinculante.

⁹ FELIU-REY, J., Los pactos parasociales en las sociedades de Capital No Cotizadas. P.p 131 - 132. *Marcial Pons*, Madrid, 2012. P. 131 y 132 y MORALES BARCELÓ, J., *Pactos parasociales <<VS>> Estatutos sociales...* *op.cit.* P.p. 169-193.

¹⁰ VICENT CHULIA, F., *Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto...* *op.cit.* P. 3002.

¹¹ PÉREZ MILLÁN, D., *Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación...* *op.cit.* p.3.

En el mencionado artículo, hace mención al artículo 1669 del Código Civil, el cual se pronuncia de la siguiente manera: “No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de ellos contrate con terceros en su nombre propio. Se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”.

¹² GALLEGO SANCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera. Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2012, p. 404. VICENT CHULIA, F., *Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto*. Estudio destinado

objetivo principal y común a todos ellos reunidos en la sociedad interna que constituye el pacto parasocial, consiste en modalizar aspectos decisivos en la esfera jurídico-social para influir en el funcionamiento de la sociedad, al margen de los estatutos y teniendo como guía un mismo interés social.

Para la consecución de dicha finalidad de contribuir al interés social, es posible aludir a los sindicatos de voto o a los sindicatos de voto y bloqueo, ambos los más comunes en el ordenamiento, que pretenden la unificación de las minorías o consolidación de las mayorías, así como la limitación de la transmisibilidad de las acciones, yendo ambas ligadas al mantenimiento de un cierto control de la sociedad mediante la unificación de conductas e intereses de los socios¹³.

Todas estas cuestiones devienen relevantes para solucionar los problemas causados por la propia naturaleza de los convenios, como es la validez de los mismos, que en un principio se sujetará a las normas de Derecho de las Obligaciones y de los Contratos, a las cuestiones de forma (art. 1278 del Código Civil) y todo ello por contraposición a la naturaleza societaria y normativa de los pactos sociales a los que se contraponen en la práctica y que trataremos más adelante.

3. Carácter.

Como se deriva de la propia definición de pactos reservados y previamente al análisis de su tipología, es necesario determinar las características generales de estos contratos, comprendiendo mejor su alcance y consecuencias en el panorama jurídico.

La primera de las características y la más evidente, suponiendo pactos que se toman para regular aspectos de la relación jurídica societaria pero al margen de ésta, es su **autonomía**, respecto del contrato social¹⁴. Como acertadamente apuntaba FELIU REY, *dos de las acepciones del prefijo “para” otorgado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua son “junto a” y “al margen de”. En este sentido, esta proclamada autonomía se convierte en un rasgo definidor clave para afirmar la esencia parasocial de los pactos.*

al Libro Homenaje al Profesor Don José Girón Tena. Revista General de Derecho. ISSN 0210-0401, Nº 559, 1991. P. 2996.

¹³ GALLEGO SANCHEZ, E., *Derecho Mercantil... op.cit.* p. 404.

¹⁴ JUDITH MORALES, B., *Pactos parasociales <<VS>> Estatutos sociales... op.cit.* P.p. 169-193.

Esta autonomía acompaña a la idea, que algunos autores califican de excesivamente simple¹⁵, de que la persona jurídica se constituye como un ente jurídicamente autónomo y distinto a las personas que lo componen¹⁶. Para aquellos que defienden la imposibilidad de romper artificialmente la vinculación entre la sociedad y sus miembros, tampoco es posible por tanto que los socios puedan servirse de la persona jurídica para llevar a cabo un fin contrario al ordenamiento o distinto al que el legislador pretendió con el reconocimiento de la persona jurídica¹⁷. Es aquí cuando entra en juego la cuestión de los pactos parasociales como instrumento para modular las relaciones jurídico-societarias al margen de los estatutos, que deriva del hermetismo de la persona jurídica y su tajante separación tradicional de los socios que la componen, de donde derivan los principales problemas con respecto a la naturaleza de los pactos y su oponibilidad, pudiendo incluso incluir aquí la cuestión más compleja y que no trataremos sobre “el levantamiento del velo”¹⁸.

Por todo ello, avanzamos un poco más para decir desde esta opinión que no es una autonomía plena. Se identifica la necesaria relación existente entre los pactos y la sociedad como persona jurídica¹⁹. Oppo, G., fue quien propuso su *nomen iuris* y que nuestros autores nacionales han heredado, estableciéndose como “pacto parasocial” por contraposición a otros términos como “contrato accesorio”. Efectivamente, entiende que a pesar de su autonomía estructural o formal con respecto a la sociedad, existe una conexión de tal manera que no se entendería el pacto o su mera existencia sin la previa de la sociedad, casi como razón de fondo del mismo.²⁰ Surge así la **accesoriedad**²¹, como segunda característica, que sin embargo es vía de único sentido, puesto que aunque el pacto pueda verse afectado por las vicisitudes que aquejen a la sociedad, aquellas que afecten al pacto no podrán incidir en la esfera social ni determinarán su

¹⁵ NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. *Civitas S.A*, Madrid, 2012. P. 19-24.

¹⁶ Se desprende del artículo 38 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, que hace referencia a la subjetivación de las personas jurídicas como sujeto de derechos y obligaciones.

¹⁷ En sentido contrario se pronuncia otro sector doctrinal, al desmontar esta posición, destacando: PAZ-ARES, C., *El enforcement de los pactos parasociales*. Revista de Derecho Mercantil de Uría Menéndez, Nº5, Madrid, 2003. P.31

¹⁸ Citando a NOVAL PATO: “cuanto más se agiganta la subjetivación de la persona jurídica, más se agranda el abismo creado entre la sociedad y sus socios”. NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales... *op.cit.* p 25.

¹⁹ OPPO, G., *Contratti Parasociali*, Milán, 1942.

²⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Voz «Pacto parasocial»*, EJB, III, Madrid, 1995, p.4714.

²¹ JUDITH MORALES, B., *Pactos parasociales <<VS>> Estatutos sociales...* *op.cit.* P.p. 169-193. VICENT CHULIA, F., *Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto...* *op.cit.* P. 3001.

existencia²²; dicho de otro modo, la nulidad del pacto no afectaría a la sociedad, pero sí al contrario.²³ Conexión que incluso ha sido denominada como “subordinada”, pudiendo surgir aquí la tercera característica.²⁴

III. TIPOLOGÍA

1. Según su contenido.

A pesar de la amplitud del contenido de los mismos y dado su carácter contractual limitado a la voluntad de las partes, las posibilidades de negociación entre los socios de una sociedad y terceros por medio de esta figura son amplísimas²⁵; desde la subsistencia de la sociedad o su extinción, hasta la composición del órgano de administración, pasando por las posibles estrategias societarias. Sin embargo, salvo algunos autores de forma minoritaria²⁶ que varían en algunos puntos de la misma, la mayoría de la doctrina coincide en una clasificación que diferencia tres grandes categorías: los pactos de relación, pactos de organización y pactos de atribución; una clasificación, como adelanto, asentada en nuestra doctrina y elaborada en las primeras líneas de la obra de OPPO G., *Il contratti parasociali*. Siguiendo con esta línea, pasamos a desarrollar la clasificación.

En primer lugar, los **pactos de relación**, también denominados de relación horizontal de los socios²⁷, son aquellas en las que el contenido destaca por pretender regular las relaciones recíprocas de los socios, a voluntad de los mismos, de forma directa y sin

²² PÉREZ MILLÁN, D., *Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación...* *op.cit.* P. 3.

²³ FELIU-REY, J., Los pactos parasociales en las sociedades de Capital ... *op.cit.* p. 129. En su obra, a este respecto, que “esto no es óbice para que en el pacto parasocial se contemplen consecuencias jurídicas para los suscritores del pacto en caso de que concurran estos supuestos concretos”. MORALES BARCELÓ también apuesta por esta idea, al abordar la cuestión del tiempo de vida de los pactos parasociales, los cuales afirma, mueren con el fin de la sociedad.

²⁴ OPPO, G., *Contratti Parasociali*, Milán, 1942.

²⁵ Sobre la posibilidad de llevar a cabo pactos parasociales con terceros se pronuncia la doctrina también, analizándolo como cuestión susceptible de ser estudiada aparte. Destacamos aquí artículos del profesor de la Universidad Complutense de Madrid, en el departamento de Mercantil: PÉREZ MILLÁN, D., *Pactos parasociales con terceros*, Documentos de Trabajo del Departamento de Mercantil 2011/42, 2011, Madrid.

²⁶ Estas clasificaciones atienden a criterios como el del contenido, la finalidad, las formas posibles que adopten o incluso el grado de intensidad. A ello se refiere NOVAL PATO, J., cuando menciona autores extranjeros como NOAK, U. Además en su obra, también introduce variantes, haciendo depender otras posibles clasificaciones de elementos tanto subjetivos como formales, destacando el número de socios firmantes o los terceros que los suscriban. J.NOVAL PATO: Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P. 50.

²⁷ NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P.49. PAZ-ARES, C., *El enforcement de los pactos parasociales...* *op.cit.* p.20.

provocar incidencia en la esfera societaria, o causando una repercusión mínima. Por ello, únicamente se verán afectados los socios firmantes, quedando excluidos el resto de los socios, así como la sociedad. Es por este último motivo, por el que NOVAL PATO los denomina, neutrales.

Del elenco de pactos que se nos presentan, podemos destacar a modo ejemplificativo y sin entrar en detalle los acuerdos dirigidos a establecer en favor de los socios obligaciones de *lock up*, pactos de no agresión (adquisición preferente), obligaciones de ceder las participaciones bajo unas condiciones determinadas, o de adquirirlas, obligaciones de no incrementar la participación, pactos de redistribución de dividendos o de valoración, etc.

Por lo que respecta a los **pactos de atribución**²⁸, tienen por finalidad la de atribuir ventajas a la propia sociedad a cargo de los socios, es decir, se pacta la asunción de una serie de obligaciones por los firmantes frente a la sociedad, y en beneficio de ésta, por lo que se convierten en sujetos obligados frente a la sociedad.

Por ejemplo, los pactos de no competencia, pactos de exclusiva, adquisición preferente por la sociedad de las acciones que pretenden transmitirse u obligaciones de financiación adicional de la sociedad (préstamos, aportaciones suplementarias, reintegración del patrimonio por pérdidas, etc.), entre otros.²⁹

En último lugar, los **pactos de organización**³⁰, presentan carácter más conflictivo. Ello se debe a que regula cuestiones que inciden directamente en la esfera societaria, puesto que la finalidad de los mismos es la de reglamentar la organización, el funcionamiento y el sistema de toma de decisiones en general, dentro de la sociedad. La doctrina coincide en que trata *el control de la sociedad*, instrumentándose la mayoría mediante los sindicatos de voto³¹; sin olvidar los sindicatos de voto y bloqueo³², que

²⁸ PAZ-ARES, C., *El enforcement de los pactos parasociales...* *op.cit.* p.20.

²⁹ NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P.49. FELIU-REY, J., Los pactos parasociales en las sociedades de Capital ... *op.cit.* p. 176.

³⁰ NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P.49. FELIU-REY, J., Los pactos parasociales en las sociedades de Capital ... *op.cit.* p. 176. PAZ-ARES, C., *El enforcement de los pactos parasociales...* *op.cit.* p.20.

³¹ VICENT CHULIA, F., *Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto...* *op.cit.* P. 2996.

³² GALLEGO SANCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015. P.404. NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P.49. FELIU-REY, J., Los pactos parasociales en las sociedades de Capital ... *op.cit.* p. 176. VICENT CHULIA, F., *Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto...* *op.cit.* P. 3036.

adquieren especial relevancia en todo lo relativo a las Sociedades Cotizadas, sus deberes de publicidad y desarrollo normativo, ya que en este caso no se ve afectada únicamente la sociedad, sino que entran en juego cuestiones relativas al Mercado Bursátil, llegando a afectar al comportamiento de los inversores³³.

Pero además, de entre los supuestos ilustradores de esta categoría, se pueden distinguir pactos que pretenden la concentración del control de la sociedad, aquellos que pretenden su distribución e incluso su transferencia. A pesar de ello y además de constituir el tipo más oscuro o discutido de entre todos los pactos, también es de los más amplios, por lo que nos referimos únicamente a algunos de ellos.

Encontramos por ejemplo los pactos sobre la composición del órgano de administración, restrictivos del régimen de competencias de los administradores, sobre el régimen de las modificaciones estatutarias, los *deadlock*, sobre la información que se debe aportar a los socios, pactos que atribuyan al socio la facultad de instar la liquidación, quórum o mayorías, etc

Salta a la vista, únicamente con los ejemplos aquí recogidos, la profunda problemática que entraña la posibilidad de que un número limitado de socios lleguen a un acuerdo sobre estas materias, capaz de afectar a socios ajenos al mismo, dentro de la sociedad y su organización, y que sean a su vez, pactos tan recurridos en la práctica mercantil.

2. Otras clasificaciones.

En atención a los elementos subjetivos³⁴, se pueden encontrar los pactos suscritos por el total de los socios de la sociedad (más común en las sociedades cerradas o de pocos socios), por algunos de ellos y aquellos que se conciertan entre los socios de una sociedad junto con terceros ajenos a ella³⁵ (en estos casos, lo realmente relevante es la

³³ LEÓN SANZ, F., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. y FERNÁNDEZ PUY, G., Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles. *Marcial Pons*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009. P. 38.

³⁴ NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P.50.

³⁵ Ya se ha hecho referencia a la problemática a parte que supone la cuestión en la que se pacta con terceros a la sociedad, alcanzando un acuerdo con miras a tener efectos en la sociedad, pero que se encuentra claramente apartado de ésta. En concreto, trata esta cuestión PÉREZ MILLÁN, D.

función que pretenden estos convenios). También se hace mención en ocasiones a la posibilidad de que sea la propia sociedad quien suscriba un pacto con terceros.³⁶

Siguiendo el tipo de negocio³⁷ en el que son adoptados, pueden distinguirse los pactos celebrados en el ámbito de una empresa familiar, conocido como protocolo familiar³⁸; en el de un proyecto individual o concreto, de carácter inmobiliario u otros, o en el ámbito de las relaciones societarias complejas, como son las *Joint Venture* o los proyectos conjuntos, pudiendo aportar unos socios el *know-how*, mientras que otros aportarán capital.

Según su forma³⁹, pueden distinguirse aquellos instrumentados en documento privado, en escritura pública e incluso verbalmente. Dado que no encuentran mayor regulación al respecto en la legislación Mercantil, deberán sujetarse a las normas del Derecho Común para la validez contractual según su forma, pudiendo encontrar mayores problemas en cuanto a su oponibilidad, por razón de la prueba de que el mismo se ha celebrado, acceso al registro y más concretamente en las Sociedades Cotizadas⁴⁰.

IV. LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PARASOCIALES.

1. Un repaso por la cuestión.

La validez de los pactos parasociales no es cuestión baladí, tratándose de un asunto que tampoco ofrece una respuesta tajante a los problemas que plantea y cuyo alcance aún se encuentra discutido por doctrina y recientes líneas jurisprudenciales⁴¹.

En un primer acercamiento, esta parte en cuanto a la cuestión de si un pacto es válido o no lo es, se remite a hacer mención al art. 29 de la Ley de Sociedades de Capital⁴²,

³⁶ BONMATÍ MARTÍNEZ, JULIO, *Los Pactos Parasociales*, Revista CONT4BL3, IV Trimestre, 2011. Responde afirmativamente a esta cuestión, tanto por la validez del acuerdo, como por la naturaleza contractual de la misma, sin mayor desarrollo.

³⁷ NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P.50.

³⁸ RUIZ CÁMARA, J y TORREGROSA, E: *Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (a propósito de las SSTs de 6 de marzo de 2009)*, Actualidad Jurídica de Uría Mnenéndez, N°24, 2009. P. 67.

³⁹ NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P.50.

⁴⁰ LEÓN SANZ, F., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. y FERNÁNDEZ PUY, G., *Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles*. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009. P. 38.

⁴¹ Apuntar que para la investigación previa a este trabajo resultó de especial interés la oposición entre ambas posturas, que encabezan PAZ ARES, C. y FELIU-REY, J., habiendo sido ambos guías constantes durante todo su estudio.

afirmando que en cuanto a su legalidad y validez, se puede decir que “no están prohibidos”, especialmente en base al principio de general de libertad contractual⁴³. Una afirmación que se respalda con algunas sentencias de nuestra jurisprudencia⁴⁴.

El avance de esta cuestión ha visto importantes cambios en su consideración, que se estructuran desde la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951 que los declaraba prohibidos expresamente en su artículo sexto⁴⁵, hasta la actual Ley de Sociedades de Capital, cuyo texto refundido se aprueba por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC) y que en su artículo 29 los declara válidos entre los socios aunque inoponibles a la sociedad, pasando por las también derogadas Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, que en sus artículos 7 y 11 respectivamente se adelantaban declarando la validez de los pactos reservados⁴⁶.

Desde entonces, numerosas normas los reconocen de forma más o menos directa en su articulado, pudiendo destacar la Ley del Mercado de Valores (art. 82), el Código de Comercio (art. 119) o en la propia Ley de Sociedades de Capital (arts. 530 y ss).

2. La validez.

La validez en sí de estos pactos no se discute, admitiéndose en general la doctrina⁴⁷ (cuestión distinta es la oponibilidad de los mismos a los socios, la sociedad o incluso a terceros ajenos),

⁴² “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”. Art. 29 Ley de Sociedades de Capital.

⁴³ PAZ ARES, C: *La cuestión de la validez de los pactos parasociales, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*. Revista de Derecho Mercantil de Uría Menéndez, Madrid, 2011. P. 252.

⁴⁴ De entre las sentencias que afirman o reconocen la validez de los pactos: STS 2828/2014 de 16 de junio de 2014; la STS 4443/2014, de 3 de noviembre de 2014; junto con las SSTS de fecha 6 de marzo de 2009 [JUR 2009/140200 y JUR 2009/140201].

⁴⁵ FERNÁNDEZ BRAVO, L., *Pactos parasociales, estatutos y puertas al campo*. Empresas y sociedades. Notarios en Red. 2015.

⁴⁶ Cabe recordar que los conceptos de pactos parasociales y pactos reservados se fusionaron con el desarrollo normativo del mismo. Se trata de un extremo analizado en su obra, junto con referencias históricas por FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, 2012. P. 36 y ss.; así como por MORALES BARCELÓ, J., *Pactos parasociales <<VS>> Estatutos sociales...* op.cit. P.p. 169-193.

⁴⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E: Derecho Mercantil, parte primera. *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2015. P. 403-404; PAZ-ARES, C: *La cuestión de la validez de los pactos parasociales, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*. Revista de Derecho Mercantil de Uría Menéndez, Madrid, 2011. P. 252; etc.

Se admite, en especial y de forma mayoritaria, cuando se trata de pactos unilaterales, es decir, cuando están formados por la totalidad de los socios que conforman la estructura societaria⁴⁸. Defendido especialmente por aquellos autores que no consideran una estricta separación entre la sociedad y los socios que la componen, como un sujeto autónomo y distinto⁴⁹, llegando a considerar que estos pactos conforman el ordenamiento jurídico de la sociedad junto con la ley y los estatutos⁵⁰.

A este respecto resulta clarificador el Tribunal Supremo, que aunque no permite su oponibilidad frente a la sociedad, deja clara una postura que ha ido repitiéndose en la jurisprudencia a lo largo de los años, declarando que *son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad*⁵¹.

Pero ello no implica que no se encuentre limitada en atención a diversos aspectos que varían con la doctrina, además de lo que ya se ha dicho en lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 2009. Surgen aquí dos líneas de estudio paralelas, en primer lugar, la validez de los pactos a la luz del Derecho de Obligaciones, que junto con el contenido, finalidad y forma del pacto determinarán unas limitaciones; y por otro lado las limitaciones que presentan las normas del Derecho de Sociedades⁵², ya que como anteriormente hemos referenciado, a pesar de su autonomía, tienen un grado de accesoriedad que podría considerarse incluso de subordinación con esta rama.

3. Límites a la validez.

Si nos centramos en el primer examen a realizar sobre los pactos parasociales para determinar su validez, es necesario resaltar que el ordenamiento español carece de una regulación sistemática que determine la validez de los mismos, por el contrario, hemos hecho depender sus posibles respuestas de la creación doctrinal y jurisprudencial. Ello ha puesto en evidencia el hecho de que dado el amplísimo contenido de la realidad

⁴⁸ NOVAL PATO, J., Los Pactos unilaterales... *op.cit.* P. 137.

⁴⁹ NOVAL PATO, J., Los Pactos unilaterales... *op.cit.* P. 16, 17 y 25.

⁵⁰ NOVAL PATO, J.: Los pactos unilaterales... *op.cit.* P.114. Se presentan en estas páginas algunos detractores citados por la autora, como PEREZ MILLÁN, D.

⁵¹ STS Nº138 de fecha de 6 de marzo de 2009 [JUR\2009\140201]. En esta misma línea también la STS, Nº 128 de 6 de marzo de 2009 [JUR\2009\140200] y la STS Nº 306 de 16 de junio de 2014.

⁵² Resulta clarificadora la afirmación de que “ *Aceptar la validez de los pactos parasociales únicamente a la luz del Derecho de obligaciones, al margen de la normativa societaria y la regulación estatutaria, permitiría la creación de un ordenamiento normativo societario separado de los estatutos, y, en algunos casos, contrarios a éstos*”. FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op. Cit.* P. 187.

práctica de estos pactos⁵³, las soluciones se ven condicionadas por un intenso casuismo⁵⁴, lejos de alcanzar una respuesta unitaria para la misma.

El primer examen al que se debe, por tanto, someter a los pactos, de acuerdo con el Derecho Común, se centra en los límites inherentes a su naturaleza contractual⁵⁵. Nos referimos al art. 1261 del Código Civil, según el cual, independientemente del instrumento sobre el que se materialicen⁵⁶, serán válidos si cuentan con el consentimiento de los contratantes, un objeto determinado y cierto y, por último, una causa de la obligación⁵⁷.

El segundo examen, profundiza un poco más sobre el fondo del pacto, llegando en este caso tanto doctrina como jurisprudencia a un acuerdo. Así, nuestros pactos se verían definidos por los límites que se imponen a la voluntad de las partes⁵⁸, es el artículo 1.225 del Código Civil: La Ley, la moral y el orden público⁵⁹.

Junto a estas normas de Derecho común, los pactos parasociales también encuentran otros límites específicos en el Derecho de Sociedades⁶⁰: la ley, los estatutos y los principios configuradores del tipo (se analiza más adelante), con el problema que

⁵³ NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... op. cit. p. 75.

⁵⁴ FELIU REY, J: Los pactos parasociales... op. cit. p. 178; NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... op. cit. p. 75

⁵⁵ NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... op. Cit. p. 50; FELIU REY, J: Los pactos parasociales... op. cit. p. 178.

⁵⁶ Se enfrentan aquí los artículos 119 del Código de Comercio frente al art. 29 de la Ley de Sociedades de Capital que presupone la validez de los pactos reservados: Artículo 119

“Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos, y condiciones, en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.

A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que de cualquier manera modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía.

Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social”.

⁵⁷ En concreto sobre la causa, podemos encontrarnos la cuestión de si el fin que se persigue con el pacto contradice una norma imperativa o no, lo que necesariamente se debe enlazar con la cuestión que se analiza más adelante en el trabajo sobre la relevancia o la irrelevancia de la imperatividad tipológica. A este respecto se pronuncia FELIU REY, J: Los pactos parasociales... op.cit. P. 184.

⁵⁸ PAZ ARES, C: *La cuestión de la validez de los pactos...* op.cit. P. 252. VICENT CHULIA, F., *Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto...* op.cit. P. 3024.

⁵⁹ FELIU REY, J: Los pactos parasociales... op.cit. p. 178. En estas páginas se detiene en los pactos leoninos (art. 1691 Cc), citando a DÍEZ PICAZO en su obra <<Los pactos leoninos...>>y a Oppo, G., <<Contratti parasociali>>, haciendo especial referencia a Sentencias Italianas como la del Tribunal de Casación de 1939, ya que los mismos se pueden instrumentar en el Derecho Mercantil por medio de pactos parasociales, pero que no dejan de perseguir una finalidad ilícita por medio de un negocio formalmente lícito. Concretamente, los pactos de exoneración de las pérdidas sociales.

⁶⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La licitud de cesión de derechos políticos de acciones como pacto parasocial (a propósito de la STS de 23 de octubre de 2012.* Revista de Derecho de Sociedades 41, 2013.. P. 481.

plantea el mismo ante una doctrina dividida en relación a estas cuestiones y que tratamos a continuación. A este respecto, el art. 204 de la Ley de Sociedades de Capital, establece como acuerdos nulos aquellos contrarios a la Ley, mientras que serán anulables los que atenten contra los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros; siendo por tanto, todos ellos impugnables.

Mirando más de cerca la cuestión de los estatutos, tampoco aquí la doctrina es unitaria. Aunque mayoritariamente es reacia a admitir la validez de un pacto contrario a los estatutos⁶¹, llegando incluso a plantear la posibilidad del que el contrato de sociedad pudiera constituir un pacto simulado⁶², y más aún considerando la accesoriadad ya comentada del pacto respecto del contrato social; otras líneas y especialmente en lo que se refiere a los pactos omnilaterales, se posicionan llegando a admitir la validez de pactos parasociales que regulen cuestiones de forma diferente a la regulación en los estatutos de la sociedad, siempre y cuando no se vulneren las normas del tipo⁶³.

Con base al art. 204 de la Ley de Sociedades de Capital, no podemos olvidarnos del interés social. Existe doctrina que establece la posibilidad de que la vulneración de un pacto pueda ser contrario al interés social, no haciendo depender la validez en sí por razón del interés social⁶⁴. Para el tratamiento de esta duda, cuestionamos la posible vulneración del interés social por dar cumplimiento a un pacto parasocial⁶⁵. Es especialmente ejemplificativa además de reciente, la Sentencia del Tribunal Supremo Nº 103, de 25 de febrero de 2016, por la cual se impugnan los acuerdos sociales por ser conformes al pacto parasocial que incumplía el art. 127 LSC. Estimada en primera instancia por entender que los pactos parasociales no pueden alcanzar la vida societaria, se desestima posteriormente por la Audiencia Provincial de Barcelona y en última instancia el TS coincide con ésta en que *“cuando la situación es la inversa, esto es, cuando el acuerdo social ha dado cumplimiento al pacto parasocial, la intervención del socio en dicho pacto puede servir, junto con los demás datos concurrentes, como*

⁶¹ FELIU REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op.cit.* P. 185 y 187. En este punto, analiza el autor la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994, la cual resuelve a favor de la prevalencia de los estatutos por encima de cualquier pacto parasocial, en lo que pueda ser contrario al primero.

⁶² FELIU REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op.cit.* P. 184-185.

⁶³ NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P.130-131.

⁶⁴ FELIU REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op.cit.* P. 189. VICENT CHULIA, F., *Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto...* *op.cit.* P. 3003. En esta obra, comienza declarando el necesario respeto al interés social de los pactos, por cuanto a su validez; aunque posteriormente continúa profundizando sobre tal afirmación a la luz de la doctrina comparada.

⁶⁵ FELIU REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op.cit.* P. 189-190.

*criterio para enjuiciar si la actuación del socio que impugna el acuerdo social respeta las exigencias de la buena fe*⁶⁶.

Con relación al interés social, aparecen además los problemas que surgen al plantearse la diferenciación entre la validez del pacto o la validez de su ejecución⁶⁷ y que no queda resuelto más que su estudio caso por caso, nos encontramos con la dificultad de delimitar el concepto de interés social. Éste puede entenderse como los intereses de la empresa en su conjunto en cada uno de sus miembros, o el interés particular de sus socios reflejado en el interés común (por ejemplo, reparto de beneficios)⁶⁸. El Tribunal Supremo, en este punto, además de insistir en que la vulneración del interés social ha de probarse por quien la alega⁶⁹, nos dice que *la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas, puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso de derecho: la subjetiva intención de perjudicar o falta de una finalidad seria y objetiva*⁷⁰.

Además, se ha de tener en cuenta, que el interés social se desdobra a modo de cláusula general, pudiendo modular otras infracciones como son la lealtad y la buena fe de los socios⁷¹. En cualquier caso, lo relevante de la cuestión del interés social como elemento modulador, no sólo de la validez, sino de la eficacia de los pactos o la realización de los mismos, descansa en el hecho de que quien lo alega sea capaz de probar que efectivamente se ha producido⁷². Queda por tanto la cuestión, condicionada de nuevo al casuismo de la realidad práctica del mercado.

⁶⁶ En esta sentencia se considera que atenta contra el interés social y la buena fe el socio que actúa conforme a un pacto privado o parasocial de forma continuada en el tiempo, hasta que el mismo no le beneficia particularmente. Es entonces cuando reclama su derecho a votar en contra de un pacto parasocial por no ser este oponible a la sociedad; teniendo en cuenta aquí la teoría de los actos propios. En un sentido similar, la SAP de Barcelona en su Sentencia N° 319 de 2013, resuelve a favor del sujeto incumplidor de un pacto parasocial, declarando válido el pacto social y descartando, por tanto, la teoría de los actos propios, al cual hace mención el juez, así como abuso de derecho por parte del incumplidor del pacto parasocial.

⁶⁷ FELIU REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op.cit.* P. 190.

⁶⁸ FELIU REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op.cit.* P. 191.

⁶⁹ SAP de Murcia N° 502, de 31 de julio de 2013.

⁷⁰ STS de 10 de febrero de 1992. En el mismo sentido la STS de 10 de diciembre de 2008.

⁷¹ FELIU REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op.cit.* P 192-193.

⁷² SAP de Murcia N° 502, de 31 de julio de 2013.

i. Pactos parasociales y principios configuradores del tipo. La doctrina enfrentada.

Pero es en este punto, donde debemos parar para analizar el siguiente enfrentamiento doctrinal. En concreto, con respecto a la Ley, a pesar de la redacción del artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital⁷³, la primera cuestión es si los límites a la validez de los pactos se conforma únicamente por las normas del Derecho Común, o si por el contrario deben enfrentarse también las normas del Derecho de Sociedades y, dentro de éste, concretamente las normas del tipo. Surge una primera postura que desarrolla su teoría relacionando la imperatividad tipológica y el *ius cogens* (lo que incluye las normas del tipo del Derecho de Sociedades) con la imperatividad sustantiva y el *ius imperativum*⁷⁴.

La segunda postura, se opone a esta teoría, entendiendo que la validez de los pactos se debe enjuiciar únicamente a la luz de la imperatividad sustantiva, relativa a la imperatividad general del Derecho de obligaciones, sin tener en cuenta la imperatividad tipológica, es decir, la propia del Derecho de Sociedades⁷⁵.

a. Delimitación de conceptos: Ius cogens vs. Ius Imperativum o imperatividad tipológica e imperatividad sustantiva.

Por normas de **Ius Cogens** se entienden aquellas regulatorias u obligatorias, es decir, normas que simplemente no pueden derogarse por la voluntad de las partes.

Dentro del Derecho de Sociedades, se puede considerar que son aquellas que proceden de la regulación de un determinado tipo de sociedad y más concretamente de las anónimas o limitadas, que actualmente se encuentran reguladas en la Ley de Sociedades de Capital. Estas son las consideraciones de autores como PAZ-ARES, que influyen en toda su teoría sobre la validez de los pactos parasociales.⁷⁶ En contraposición con esta, autores como FELIU REY desarrollan otra con base en la idea

⁷³ Artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital: *En la escritura y los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.*

⁷⁴ FELIU REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades ... *op.cit.* P. 177-189; NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P. 54.; FERNÁNDEZ PÉREZ, N: *La licitud de cesión de derechos políticos de acciones...* *op.cit.* P.481.

⁷⁵ PAZ-ARES, C., *La cuestión de la validez de los...* *op.cit.* P.253 y ss.

⁷⁶ PAZ-ARES, C., *La cuestión de la validez de los...* *op.cit.* p. 252 y ss.

de que las normas reguladoras del tipo social son de carácter imperativo, lo que también influye en el resultado distinto que se obtiene.⁷⁷

En otro sentido, las normas de **Ius Imperativum** son imperativas en un sentido propio o genuino⁷⁸. Al igual que las anteriores, tampoco pueden derogarse por voluntad libremente adoptada por las partes, pero éstas añaden algo más. Las normas de ius imperativum imponen una valoración que parte del sistema jurídico en su plenitud, estableciendo una conexión entre la inderogabilidad y los principios fundamentales del sistema jurídico. Estas normas se extienden a lo largo de todo el sistema y especialmente el Derecho de sociedades de forma transversal y por tanto, no hacen referencia o no se limitan a las normas del tipo societario, sino que afectan a todos los tipos (cual sea el que se haya adoptado por las partes), incluyendo el Derecho general de obligaciones. Marcan las normas de lo jurídico⁷⁹.

Por **Imperatividad Tipológica** se entiende la imperatividad u obligatoriedad que se establece en la normativa (en este caso societaria) por razones del tipo, es decir, aquella que se refiere a los principios configuradores y delimitadores del tipo social escogido por las partes.

En cuanto a la **Imperatividad Sustantiva**, se basa en la defensa de los valores centrales o fundamentales del Derecho privado y que aunque tienen reflejo en el Derecho de Sociedades, no es exclusivo de éste.

b. La imperatividad tipológica como límite a la validez de los pactos parasociales.

La primera de estas teorías encuentra la primera dificultad con los pactos de organización, por tener una incidencia directa en la vida organizativa de la sociedad⁸⁰. Además, sobrevuela el argumento del absurdo que supone aceptar por vía contractual lo

⁷⁷ En esta misma línea, GIRÓN TENA consideraba que eran ilícitos los pactos que fueran contrarios a los principios configuradores del tipo social. GIRÓN TENA, JOSÉ: *Derecho de Sociedades*, vol. I, Madrid, 1976, p.54.

⁷⁸ PAZ-ARES, C., *La cuestión de la validez de los pactos... op.cit.* p. 253.

⁷⁹ PAZ-ARES, C., *La cuestión de la validez de los pactos... op.cit.* p. 253.

⁸⁰ FELIU-REY, J: *Los pactos parasociales en las sociedades... op.cit.* P.180.

que el legislador no ha permitido por vía legal⁸¹ o lo que es lo mismo, si una norma prohíbe una determinada cláusula en los estatutos, tampoco se permite por la vía extraestatutaria de un contrato reservado entre los socios⁸². Analizando más profundamente esta cuestión de imperatividad tipológica o sustantiva como límite, se sustenta en el mismo artículo 1.255 del Código Civil, el cual no se discute como límite a la validez de los pactos y, concretamente en lo que respecta a la Ley se acude al art. 6.3 del Código Civil⁸³. Es por ello que concluye, al considerar imperativas las normas del tipo social, aquellos pactos que las contradigan serán nulos de pleno derecho⁸⁴. Analizando el orden público, acude a la definición que de éste da el propio Tribunal Supremo en varias de sus sentencias⁸⁵, entendiendo que el orden público se encuentra entre los principios configuradores de la sociedad, impidiendo así que un pacto lesione los derechos y libertades del socio dentro de la esencia del sistema societario⁸⁶.

En definitiva, con base al cumplimiento del artículo 1.255 del Código Civil⁸⁷ que consistiría en dar cumplimiento únicamente a la imperatividad sustantiva (nos referimos a la imperatividad general del Derecho de Obligaciones), considera esencial el respeto a los principios del tipo de las sociedades. Todo ello con importantísimas consecuencias en los pactos parasociales. Dicho de otra manera, incluso por la vía exclusiva del Derecho Común, los principios configuradores del tipo serían de obligado cumplimiento, siendo un límite claro a la validez de los pactos parasociales.

⁸¹ FELIU-REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op.cit.* P. 181. NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P. 130 y 131.; FERNÁNDEZ PÉREZ, N: *La licitud de cesión de derechos políticos de acciones...* *op.cit.* P.482.

⁸² FELIU REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op.cit.* P.184.

En este punto resulta relevante atender al artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital: *En la escritura y los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.*

⁸³ Artículo 6.3 del Código Civil: *Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*".

⁸⁴ FELIU-REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op.cit.* P.181-182.

⁸⁵ FELIU-REY, J: Los pactos parasociales en las sociedades... *op. cit.* P.182-183. Hace aquí referencia a varias sentencias como las SSTs de 28 de noviembre de 2005, de 19 de abril de 2010 y de 29 de noviembre de 2007.

⁸⁶ STS de 18 de mayo de 2000 y STS de 26 de septiembre de 2006.

⁸⁷ El art. 1255 CC dicta así "*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*".

c. La irrelevancia de la imperatividad tipológica.

La segunda postura doctrinal, por el contrario, defiende la irrelevancia de la imperatividad tipológica con base en la ruptura total entre la práctica y la teoría⁸⁸. La idea que sobrevuela, es que contradictoriamente, la misma doctrina que defiende la imperatividad tipológica como un límite a la validez, admite sin embargo en la práctica una serie de pactos que son en esencia contrarios a la misma, *per se* o por el resultado que obtienen. Para articular los complejos ejemplos, se utiliza una nueva clasificación que no hemos recogido al principio de este trabajo por su extensión y que no desarrollamos a continuación, dado que su complejidad dilataría en exceso la extensión del presente trabajo. Se trata de diferenciar las distintas normas imperativas como : tecnocráticas, paternalistas y políticas⁸⁹.

V. LA CUESTIÓN DE LA EFICACIA DE LOS PACTOS PARASOCIALES.

1. Introducción.

Superados los límites a la validez de los pactos, hemos de enfrentar la discusión tanto doctrinal como jurisprudencial de cuál es realmente su eficacia. La propia redacción de la Ley de Sociedades de Capital lo deja bien claro en su artículo 29: *no son oponibles a la sociedad*. Pero a pesar de ello, la práctica mercantil está plagada de pactos parasociales, constituyendo una realidad que parece estar lejos de cambiar. Si esto es así, ¿Son oponibles? ¿Frente a qué sujetos pueden hacerse eficaces? ¿A través de qué mecanismos pueden hacerse valer? En resumidas cuentas, los problemas a los que nos enfrentamos no encuentran su fin en la mera oponibilidad o imposibilidad de ésta, sino en el número de socios firmantes, en si despliega efectos sobre la sociedad, al margen de si se pueden o no hacer eficaces frente a ella y en caso de reconocer esa eficacia, si se

⁸⁸ PAZ-ARES, C: *La cuestión de la validez de los...* op.cit. P. 252-256.

Junto con éste autor, encontramos otros que tratan la cuestión e incluso hacen referencia a líneas jurisprudenciales a favor de esta teoría, bajo la afirmación de que van ganando relevancia tanto en nuestra doctrina como en los Tribunales, citando por ejemplo la SAP Pontevedra de 4 de noviembre de 2009 en su obra: FERNÁNDEZ PÉREZ, N: *La licitud de cesión de derechos políticos de acciones como pacto parasocial...* op.cit. P.482.

⁸⁹ PAZ-ARES, C: *La cuestión de la validez de los pactos parasociales...* op.cit. P. 252-256.

ha de instrumentar por medio de los cauces generales o mecanismos contractuales, o si se ponen a disposición de los firmantes los mecanismos propios societarios.

2. La eficacia.

Dada su naturaleza contractual⁹⁰, la eficacia jurídica de los pactos se centra en los firmantes del mismo, es decir, no pueden oponerse ni a la sociedad, ni a socios ajenos al pacto, terceros o incluso, terceros adquirentes de las acciones o participaciones vinculadas⁹¹. Esta idea, se sustenta en primer lugar, en la estricta separación y subjetivación de la persona jurídica, siendo un sujeto autónomo de aquellos que la componen⁹².

No parece haber discusión sobre la inoponibilidad de un pacto a terceros ajenos al mismo, sin embargo, sigue patente la discusión en concreto en lo que a la oponibilidad frente a la sociedad se refiere.

En línea con esta naturaleza contractual, extraestatutaria y estrictamente separada de la sociedad, se argumenta que no pueden tener efectos sobre la sociedad y por tanto no se les puede dotar de ninguna eficacia jurídica frente a la misma, puesto que el legislador pone a disposición de los socios los cauces necesarios para ello por medio de la incorporación de los pactos a los estatutos o incluyéndolos en la esfera societaria⁹³. Es decir, que respondiendo los pactos parasociales a nada más que a la voluntad de los socios, queda de manifiesto también la voluntad de los mismos de dotarles de carácter reservado y por tanto⁹⁴, carentes de eficacia frente a la sociedad⁹⁵.

Sin embargo, lo que no puede negarse, en primer lugar, es que los pactos parasociales se crean con la única intención de tener efectos en la esfera societaria y efectivamente así ocurre, como ya adelantábamos cuando nos referíamos al carácter

⁹⁰ PAZ-ARES, C., *El enforcement de los pactos parasociales*. Revista de Derecho Mercantil de Uría Menéndez, N°5, Madrid, 2003. P.31.

⁹¹ MORALES BARCELÓ, J: *Los pactos parasociales...* *op.cit.* P.177; NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... *op.cit.* p. 127.

⁹² NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P. 16.

⁹³ PAZ-ARES, C., *El enforcement de los pactos parasociales...* *op.cit.* P.19; MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales...* *op.cit.* p 189.

⁹⁴ En su obra, NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P.44, hace referencia a esta voluntad, citando al autor PRIESTER, H.J.

⁹⁵ No faltan voces contrarias a esta idea, que consideran que no debe relacionarse con un secretismo siempre censurable, más bien incluso afirman, debiera ser objeto de protección jurídica. Al respecto, NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... *op.cit.* P. 92.

accesorio respecto de la sociedad. El Tribunal Supremo nos lo recordaba en una sentencia reciente de 2014, en la cual anula un acuerdo social⁹⁶. Pero esto no ocurre sobre la base del incumplimiento de un pacto parasocial, sino sobre el argumento del interés social y la buena fe de la que hablábamos en nuestro apartado relativo a la validez. Siguiendo con esta sentencia, el acuerdo social por el que se aprobaban las cuentas anuales de la sociedad, queda anulado por no haber incluido el pacto parasocial, ni en el balance ni en la memoria, resultando relevante a efectos de mostrar la imagen fiel de la situación económica de la misma, para lo que resulta definitivo el artículo 34 del Código de Comercio. Si bien no se impugna por contravenir un pacto parasocial, es evidente la relevancia que estos tienen en las sociedades⁹⁷.

Así se pronuncia el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, no aceptando la oponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad *per se*⁹⁸. Por el contrario, siempre lo argumenta sobre los motivos de impugnación de los acuerdos sociales, o lo que es lo mismo, cuando éstos son contrarios a la ley, a los estatutos o al interés de la sociedad.

Otra de las dificultades y cuestiones más debatidas se plantea ante un pacto de carácter unilateral, es decir, pactado por todos los socios. El motivo principal es la coincidencia subjetiva en ellos⁹⁹, o lo que es lo mismo, al estar firmados por todos los socios que componen la sociedad manifestando su consentimiento de forma unánime, por lo que sería una actuación contraria a los propios actos que adopten un acuerdo social contrario a un pacto parasocial previo en el que ya mostraron su conformidad¹⁰⁰. Se argumenta así en definitiva la oponibilidad de los pactos unilaterales¹⁰¹.

⁹⁶ STS Nº 589, de 3 de noviembre de 2014.

⁹⁷ Cabe aquí mencionar también por ser tan reciente y a la que ya se ha hecho referencia, la STS Nº 103 de 25 de febrero de 2016, nº 103/2016 que determina infringe la buena fe el firmante de pacto parasocial que impugna acuerdos sociales adoptados conforme al pacto.

⁹⁸ SSTS de 6 de marzo de 2009; SSTS de 10 de diciembre de 2010; SAP de Barcelona de 25 de julio de 2013, etc.; MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales... op.cit.* p 189.

⁹⁹ MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales... op.cit.* p 184. PAZ-ARES, C., *El enforcement de los pactos parasociales... op.cit.* p 31 y 41.

¹⁰⁰ MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales... op.cit.* p 185.

¹⁰¹ Puede resultar de interés aquí, la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona en su SAP 319/2013, de 25 de julio, en la que el firmante de un pacto unilateral impugna un acuerdo social llevado a cabo conforme al pacto unilateral, alegando que el pacto parasocial es de carácter extraestatutario y que, por ello, no puede tener efectos frente a la sociedad ni puede hacerse valer. La Audiencia Provincial, por su parte, considera que esta actuación es contraria a la buena fe y constituye abuso de Derecho, por lo que desestima la demanda.

3. Mecanismos de eficacia.

i. Introducción.

Así pues, surge controversia en atención a la clasificación de los distintos medios de los que se pueden hacer valer los pactos parasociales para asegurar su cumplimiento, es decir, su *enforcement*. A grandes rasgos, se clasifican según si se trata de mecanismos contractuales o societarios, distinguiendo algunos autores entre *enforcement inter partes* o *enforcement societario*¹⁰². La principal relevancia consiste en que dependiendo del mecanismo que se elija, se vertirá mayor o menor eficacia coercitiva en la voluntad de los socios, previa al incumplimiento y mayor efectividad tras el mismo¹⁰³. Pero antes de continuar, es necesario advertir, que dada la limitada extensión del presente trabajo, se hará referencia únicamente a los principales o más destacados de ellos, tratándolos en líneas generales.

ii. Instrumentos jurisprudenciales y debate doctrinal.

Tradicionalmente, los mecanismos utilizados por nuestra jurisprudencia para instrumentar la oponibilidad de los pactos parasociales son: El levantamiento de velo, la ficción de que el pacto constituye una junta universal y el abuso de Derecho.

En primer lugar, la **ficción jurídica de la junta universal**, especialmente utilizada para los pactos omnilaterales¹⁰⁴, aparece en la sentencia del Tribunal Supremo del caso *Munaka*¹⁰⁵. En la misma, se acordaba extraestatutariamente una reducción de capital, mientras que el acuerdo social posterior conviene en un aumento de capital. El Tribunal considera que al haber manifestado su opinión todos los socios de la sociedad por medio del pacto parasocial, esta se ve reflejada igual que si se hubiera celebrado junta universal, constituyendo el acuerdo social contrario al pacto una lesión contra el interés social manifestado en el mismo.

También se hace uso del **levantamiento de velo**¹⁰⁶, abriendo la puerta el Tribunal a este uso especialmente en su sentencia sobre el caso *Hotel Atlantis Playa*¹⁰⁷. En el

¹⁰² PAZ-ARES, C: *El enforcement de los pactos parasociales... op.cit.* p.21 y 30.

¹⁰³ PAZ-ARES, C: *El enforcement de los pactos parasociales... op.cit.* p.19.

¹⁰⁴ MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales... op.cit.* P. 184.

¹⁰⁵ STS de 26 de febrero de 1991. Sobre la ficción de la junta universal para argumentar la oponibilidad de un pacto parasocial, abre la puerta a la oponibilidad de los pactos frente a las sociedades.

¹⁰⁶ MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales... op.cit.* P. 184.

mismo, el socio único de la entidad en cuestión reconoce el 13% de la participación en un segundo sujeto por medio de un pacto parasocial. Posteriormente se celebró junta con la presencia del socio único (según los estatutos) para decidir sobre extremos importantes para la sociedad, encontrándose con la impugnación de los mismos por parte de este segundo sujeto, ya que la junta, argumenta, debiera haberse celebrado con su presencia. El Tribunal, considera que los pactos privados son oponibles a la sociedad cuando ésta no se puede considerar un tercero ajeno e independiente, en atención a la realidad de sus socios; no debiendo permitirse el abuso de derecho o una vulneración de la buena fe instrumentada por medio de la entidad societaria¹⁰⁸.

En lo que respecta a la figura del **abuso de Derecho**¹⁰⁹, la resolución sobre el caso *Promociones Keops*¹¹⁰, se pronuncia en contra de un uso abusivo de los derechos. Para situarnos, se trataba de un socio único, que celebra un contrato de prenda con un segundo sujeto y con quien pacta extraestatutariamente que los derechos políticos corresponderían al deudor pignoraticio. Sin embargo, el acreedor ejercita los derechos de asistencia y voto, aprovechándose de la inoponibilidad del contrato de prenda a la sociedad.

Estos son los mecanismos que se han aceptado jurisprudencialmente. Pero otra línea doctrinal los considera del todo artificiosos¹¹¹, pudiendo servirse de otros medios para la defensa de la oponibilidad de los pactos parasociales, en especial para las posiciones modernistas¹¹². Ello resulta de especial relevancia para el planteamiento de los distintos mecanismos, ya que para los tradicionalistas, no siendo oponibles a la sociedad los pactos, únicamente podrían hacerse cumplir a través de los mecanismos contractuales¹¹³. Sin embargo, hay quien defiende la puesta a su disposición de los mecanismos societarios¹¹⁴. Esa argumentación se basa en la idea de coincidencia

¹⁰⁷ STS de 24 de septiembre de 1987.

¹⁰⁸ PAZ-ARES, C: *El enforcement...* *op.cit.* P. 35. Utilizando palabras propias del Tribunal Supremo a propósito de varias de sus sentencias.

¹⁰⁹ MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales...* *op.cit.* P. 184.

¹¹⁰ RDGRN de 26 de octubre de 1989.

¹¹¹ PAZ-ARES, C: *El enforcement...* *op.cit.* P 33.

¹¹² RUIZ CÁMARA, J y TORREGROSA, E: *Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (a propósito de las SSTs de 6 de marzo de 2009)*, Actualidad Jurídica de Uría Mnenéndez, N°24, 2009. P. 66.

¹¹³ RUIZ CÁMARA, J y TORREGROSA, E: *Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria...* *op.cit.* P. 66.

objetiva y subjetiva, o lo que es lo mismo, además de una coincidencia de sujetos, se alcanzaría el mismo resultado tanto por vía contractual, como por vía societaria¹¹⁵.

En definitiva, que habiendo declarado la validez de los pactos y roto el principio de inoponibilidad, no habría motivo para excluir los mecanismos societarios para la defensa de la oponibilidad, máxime cuando el resultado sería el mismo que si se optase por los mecanismos contractuales. Para poner fin a este apartado, recordamos que parte de la doctrina ha llegado a afirmar incluso que los pactos omnilaterales conforman, junto a los estatutos, el ordenamiento de la persona jurídica y que por ello, para hacerlos valer, serían aplicables los mecanismos societarios para amparar el cumplimiento del pacto parasocial¹¹⁶.

iii. Mecanismos Contractuales.

a. Acción de cumplimiento.

La primera de las medidas, puede consistir en la de cumplimiento, aplicable a los contratos civiles y que puede variar en atención al tipo de obligación que pretende hacerse cumplir: de dar, hacer o no hacer, e incluso en emitir una voluntad¹¹⁷.

En el caso de tratarse de una obligación de dar, los remedios se centran en la entrega forzosa de la misma ordenada por el juez, incluyendo su previa adquisición en caso de que ésta fuera indeterminada¹¹⁸. En caso de que se tratase de una obligación de hacer, dependerá de si se trata de un *facere* personalísimo o no personal, pudiendo aplicar multas coercitivas en el primero de los casos, y sustituyendo la voluntad del incumplidor por un tercero a elección del juez en el segundo¹¹⁹. Para las obligaciones de

¹¹⁴PAZ-ARES, C: *El enforcement de los pactos parasociales...* op.cit. P. 19 y 31; RUIZ CÁMARA, J y TORREGROSA, E: *Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria...* op.cit. P. 66.

¹¹⁵ FELIU REY, J: Los pactos parasociales... op.cit. P 187; PAZ-ARES, C: *El enforcement de los pactos parasociales...* op.cit. P.36 y 37; En las páginas de esta última obra, además, relaciona esata ruptura del principio de inoponibilidad con la teoría de los actos propios (ver P.38).

¹¹⁶ NOVAL PATO, J: Los pactos omnilaterales... op.cit.. P. 115, 114 y 138; MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales...* op.cit. P. 173. Quien, en concreto se muestra contraria a esta teoría, pero la recoge en las páginas de su artículo, haciendo referencia, especialmente a JORGE NOVAL PATO en su obra aquí recogida.

¹¹⁷ MORALES BARCELÓ, J: Pactos parasociales... op.cit. P. 180; FELIU REY, J: Los pactos parasociales... op.cit. P. 260 y ss.

¹¹⁸ PAZ-ARES, C: *El enforcement de los pactos parasociales...* op.cit. P.22; MORALES BARCELÓ, J: *Pactos aprasociales...* op.cit. P.180.

¹¹⁹ MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales...* op.cit. P. 180; PAZ-ARES, C: *El enforcement de los pactos prasociales...* op.cit. P. 22.

no hacer, se prevé un sistema compuesto por la imposición de multas coercitivas, indemnización por daños causados si realiza la actividad y el cese en la actividad que tenía prohibida, así como el compromiso de no volver a realizarla¹²⁰. Si, por último se tratase de emitir una determinada voluntad, en ese caso se sustituiría la voluntad del incumplidor por la del juez¹²¹.

No se puede obviar, sin embargo, que esto no son más que meras fórmulas genéricas, que plantean problemas en la realidad práctica, debido al intenso casuismo que se presenta. Esto es entendido por una parte de la doctrina, que profundiza más, analizando las distintas modalidades de ejecución aplicables a los distintos tipos de pactos parasociales (de relación, de atribución y de organización), incluyendo la posibilidad de su ejecución cautelar y en definitiva, la propia viabilidad de la ejecución¹²².

b. Indemnización de daños y perjuicios.

Otra de las medidas que nunca falta es la indemnización de daños y perjuicios¹²³. Destaca la necesidad de probar que el incumplimiento del pacto debe ser objetivamente imputable al socio incumplidor, además de la dificultad que presenta probar el daño en los distintos supuestos que pueden aparecer en la práctica mercantil en atención al contenido heterogéneo de los mismos¹²⁴. Por ello, sería aconsejable una liquidación abstracta del daño recogida en el pacto antes de la firma del mismo¹²⁵. Junto a ello, algunos autores plantean si ésta sería complementaria a la cantidad pecuniaria que

¹²⁰ PAZ-ARES, C: *El enforcement de los pactos parasociales... op.cit.* p. 22. FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P. 290.

¹²¹ MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales... op.cit.* P. 180; PAZ-ARES, C: *El enforcement de los pactos parasociales... op.cit.* P. 22.

¹²² PAZ-ARES, C: *El enforcement de los pactos parasociales... op.cit.* P. 23 a 27. Este autor, entiende las dificultades que presenta cada caso, hallando mayores problemas, como de costumbre, en los pactos de organización. FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P. 260 y ss. Este autor, es también conocedor de los problemas que plantean, especialmente en cuanto al cumplimiento *in natura* o cumplimiento en forma específica de los mismos, y dedica buena parte de su obra a ello, distinguiendo entre las medidas externas y las que puede incluir el propio socio en el mismo pacto, con medidas coactivas o de subrogación.

¹²³ MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales... op.cit.* P.22; FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P. 328 y ss; PAZ-ARES, C: *El enforcement... op.cit.* p. 21 y 22.

¹²⁴ MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales... op.cit.* P.22; FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P. 328 y ss; PAZ-ARES, C: *El enforcement... op.cit.* p. 21 .

¹²⁵ PAZ-ARES, C: *El enforcement... op.cit.* p. 21.

correspondería en caso de no ser posible su cumplimiento in natura o subsidiaria de la misma¹²⁶.

c. Medios resolutorios.

En atención a éstos, los socios del pacto parasocial tendrían siempre una facultad de denuncia extraordinaria ante justo motivo para ello, como el incumplimiento sustancial por alguna de las partes del pacto, con la consecuente extinción de obligaciones recíprocas¹²⁷.

d. La cláusula penal.

Considerado un mecanismo de autotutela¹²⁸, su inclusión en el pacto parasocial en el momento de la firma tiene un efecto principal coercitivo, además del liquidatorio y punitivo que se hacen eficaces post incumplimiento, siendo necesario también que se establezca de antemano el *quantum* indemnizatorio¹²⁹.

e. Otras medidas contractuales.

Junto a las presentes medidas, se pueden considerar otras tantas. Distingue la doctrina entre las siguientes medidas: La acción de remoción, la prenda¹³⁰, la opción de compra o venta como medio de exclusión o separación del socio, la garantía a primer requerimiento, etc¹³¹.

iv. Mecanismos societarios.

Cabe destacar, de entre todos los mecanismos societarios que se nos presentan:

a. Las prestaciones accesorias.

Este mecanismo consistiría en incluir como cláusula estatutaria la obligación (a modo de prestación accesorias) de cumplir con los pactos parasociales que los socios

¹²⁶ FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P. 328 y 329.

¹²⁷ PAZ-ARES, C: *El enforcement...* *op.cit.* p. 29; FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P. 335 a 349.

¹²⁸ MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales...* *op.cit.* P.22; FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P. 367; PAZ-ARES, C: *El enforcement...* *op.cit.* p. 29.

¹²⁹ FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P. 371. Además, este autor se detiene a considerar la tipología de estas cláusulas.

¹³⁰ VICENT CHULIA, F., *Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto...* *op.cit.* P. 3040.

¹³¹ La acción de remoción, la recoge la autora MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales...* *op.cit.* P.180. Por otro lado, el resto de los instrumentos, es analizado en profundidad por FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* 259 y ss.

acuerden en un futuro¹³². Por medio de la misma, se puede incluso pactar a modo de consecuencia por el incumplimiento, causa de exclusión o separación de los socios¹³³.

b. Impugnación de acuerdos sociales.

Apartando la polémica de la que ya hemos hablado, nos centramos en este instrumento de cara a los que sí consideran posible la oponibilidad de ciertos pactos (omnilaterales) y por tanto su protección por medio de la impugnación de acuerdos sociales, para lo que es de especial interés regresar a las sentencias analizadas en el apartado de criterios jurisprudenciales. Este mecanismo, consiste en un “*juicio de revisión de acuerdo, y no un procedimiento para satisfacción de los intereses individuales*”¹³⁴. Además, la doctrina favorable, alega, que si se admite la validez y eficacia, este método es mucho más eficaz y sencillo, y menos penoso para los demandantes del incumplimiento, ya que bastaría la suspensión cautelar del acuerdo social, la anotación preventiva de la demanda y en última instancia la nulidad de los acuerdos, sin necesidad de convocar nueva junta; todo ello llevado a cabo por el juez¹³⁵.

II. CONCLUSIONES

Haciendo un repaso general, podemos concluir, que los pactos parasociales se constituyen como un contrato al margen de la estructura societaria y de sus requisitos procedimentales, por todos o algunos de los miembros de la sociedad, con el fin de modular el interés o las conductas de los socios. Una sociedad interna puramente obligacional que a pesar de mantenerse al margen de la estructura societaria, se pactan con el fin de tener efectos en la misma, de forma casi inevitable, siendo la razón de su existencia. Esta circunstancia es la que hace que nos cuestionemos la validez de los mismos y si esa pretensión de tener efectos sobre la sociedad puede ser protegida por el ordenamiento jurídico, y, si así fuera, a través de qué instrumentos legales.

¹³² FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P. 421; MORALES BARCELÓ, J: *Pactos parasociales... op.cit.* P.180.

¹³³ FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P. 420 a 432.

¹³⁴ FELIU REY, J: Los pactos parasociales... *op.cit.* P.351, cita a PRESENCIA CRESPO, F: *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 107, Madrid, Consejo del Poder Judicial, 2007, p. 51.

¹³⁵ RUÍZ CÁMARA, J y TORREGROSA, E: *Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria... op.cit.* P. 68. En este punto, compara el procedimiento a seguir en atención a la impugnación de acuerdos sociales, frente a las medidas que le quedarían a los socios demandantes si siguieran los cauces contractuales, espacialmente para un cumplimiento *in natura* de la obligación.

Esta parte considera en cuanto a una de las cuestiones más controvertidas, y tras analizar las distintas corrientes jurídicas, que puesto que deben someterse a los límites del Derecho común, éstos incluyen el respeto a la legalidad general del ordenamiento. Por tanto, ante las cuestiones planteadas, los principios configuradores del tipo, debieran considerarse también un límite a la validez de los mismos; ello al menos, por cuantos defienden que los pactos extraestatutarios tienen efectos en las sociedades. Pero en caso de no considerarse así, siendo cuestión debatida, definitivamente sí que debieran ser límites a la eficacia. Podría por tanto, aceptarse el pacto privado entre las partes, pero de ninguna de las maneras, hacer frente a la sociedad con base en el pacto parasocial; recurriendo por el contrario, a una mera indemnización o a los mecanismos contractuales del Derecho privado de los contratos, en caso de un posible incumplimiento por parte de los socios.

Todo el estudio ha resultado interesantísimo a esta parte, abriendo las puertas a una gran cantidad de cuestiones que no pueden obviarse, pero que tampoco tienen cabida en la limitada extensión de estas páginas; como por ejemplo, la razón que lleva a la firma de estos pactos y si surgen como respuesta a carencias legales e instrumentales en el Derecho de Sociedades.

Resulta evidente, tras prestar atención a doctrina y jurisprudencia, la vastísima variedad de pactos, en atención a su contenido y que requieren por tanto, un tratamiento individualizado y una respuesta que se adapte al caso concreto. Esto ha sido atendido por la jurisprudencia, que a pesar de la estricta prohibición de oponerlos a las sociedades, ya abren una puerta a distintas consideraciones, en atención a la realidad práctica que los declara cada vez más comunes, al hecho de que efectivamente surten efectos en la esfera societaria, y que por tanto no pueden ser ignorados. No por ello, aceptan sin más la validez y oponibilidad, sino que lo han venido basando hasta ahora en el interés social y principios como la prohibición de abuso de derecho, o el de la buena fe. Estos principios podrían ser moduladores de las cuestiones de eficacia de los mismos, al menos de manos de los tribunales, ya que les permitiría, aunque con límites difusos, adaptarse la solución al caso concreto. Ello podría permitir continuar el avance del ordenamiento hacia una regulación algo más concreta de los pactos que pudiera ajustarse más a la realidad social. Se podría tomar como ejemplo la regulación de los pactos en las Sociedades Cotizadas, que es mucho más específica y evidencia que no es

imposible llevar a cabo un registro de estos pactos, aunque sólo fuera a efectos de publicidad de cara al mercado.

Sin embargo, por más que pudiera parecer que avanzamos camino de admitir una futura regulación que dote de instrumentos legales más claros a los jueces y a una aceptación más generalizada de los pactos parasociales (no olvidemos la incidencia de los pactos omnilaterales), podemos en este punto hacer mención de la Propuesta de Código Mercantil. En el artículo 213-21.1 del mismo se dispone que *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.* Continúa el artículo en esa misma línea, aclarando que ni tan siquiera las nuevas propuestas de regulación de estos pactos se disponen a cambiar tan estricta posición.

Parece, por tanto, que trata de zanjarse el debate. Pero, a pesar de ello, no parece que vaya a reducirse la asiduidad y el variado casuismo que atiende a los pactos parasociales en el mercado. Ello lo deja, de nuevo, en manos de los jueces, con elaboradas argumentaciones como las ya mencionadas del levantamiento de velo, ficción de junta universal, etc. Todo, teniendo en cuenta que no son nulos o anulables *per se*, bajo el manto de los principios generales del Derecho, como instrumento modulador, según los efectos que en cada caso puedan tener en la sociedad, y, de cualquier modo, con los instrumentos del Derecho Común como recurso permanente en favor de los socios y/o terceros firmantes.

En otras palabras, se refuerza la estricta posición mantenida hasta el momento por la ley, alejándose un poco más de la realidad sobre la existencia de los pactos parasociales y los efectos que despliegan.

III. BIBLIOGRAFÍA

- GALLEGO SANCHEZ, E., Derecho Mercantil Parte Primera. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2015.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., Derecho Mercantil, parte primera. *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2012.
- FELIU-REY, J., Los pactos parasociales en las sociedades de Capital No Cotizadas. *Marcial Pons*, Madrid, 2012.
- NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. *Civitas S.A*, Madrid, 2012.
- TOBIO RIVAS, A., Limitaciones de los Derechos de Asistencia y voto. *Civitas S.A*, Madrid, 1995.
- LEÓN SANZ, F., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. y FERNÁNDEZ PUY, G., Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles. *Marcial Pons*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009.
- OPPO, G: Il contratti parasociali, *Vallardi*, 1949.
- GIRÓN TENA, J., Derecho de Sociedades, vol. I, Madrid, 1976.
- BERGES ANGÓS, I., *Pactos parasociales*. Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7184, 2009.
- VALENCIA F. Y DUAL R., *Gobierno Corporativo. Aspectos Teóricos y Prácticos*. Cuatrecasas Gonçalbez-Pereira, marzo 2016.
- BONMATÍ MARTÍNEZ, J., *Los Pactos Parasociales*, Revista CONTABLE, IV Trimestre, 2011.
- JUDITH MORALES B., *Pactos parasociales <<VS>> Estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción*. Revista de Derecho de Sociedades 42, 2014.
- PÉREZ MILLÁN, D., *Pactos parasociales con terceros*, Trabajos del Departamento de Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, 2011/41.
- PÉREZ MILLÁN, D., *Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales*. Revista de Derecho Bancario num. 117/2010 parte Artículos Doctrinales. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010.
- PAZ-ARES, C., *La cuestión de la validez de los pactos parasociales, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*. Revista de Derecho Mercantil de Uría Menéndez, Madrid, 2011.

PAZ-ARES, C., *Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales*, Revista de Derecho Bancario núm 117/2010 parte Artículos Doctrinales. LEX NOVA, 2010.

PAZ-ARES, C., *El enforcement de los pactos parasociales*. Revista de Derecho Mercantil de Uría Menéndez, N°5, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La licitud de cesión de derechos políticos de acciones como pacto parasocial (a propósito de la STS de 23 de octubre de 2012)*. Revista de Derecho de Sociedades 41, 2013.

RUIZ CÁMARA, J y TORREGROSA, E: *Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (a propósito de las SSTs de 6 de marzo de 2009)*, Actualidad Jurídica de Uría Menéndez, N°24, 2009.

FERNÁNDEZ BRAVO, L., *Pactos parasociales, estatutos y puertas al campo*. Empresas y sociedades. Notarios en Red. 2015.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Voz «Pacto parasocial»*, EJB, III, Madrid, 1995.

VICENT CHULIA, F., *Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto. Estudio destinado al Libro Homenaje al Profesor Don José Girón Tena*. Revista General de Derecho. ISSN 0210-0401, N° 559, 1991.