



Universidad
Zaragoza

EL ENFORCEMENT DE LOS PACTOS PARASOCIALES

NOCIONES BÁSICAS Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ENFORCEMENT DE LOS PACTOS PARASOCIALES

Autor/es

ALEJANDRO JULIÁN GONZÁLEZ

Director/es

MARIO ALEJANDRO VAREA SANZ

Facultad de Derecho

2023 – 2024

ÍNDICE

I. LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

II. INTRODUCCIÓN

1. CUESTION TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

III. NOCIONES BÁSCAS DE LOS PACTOS PARASOCIALES

1. DEFINICIÓN Y TIPOLOGÍA DE LOS PACTOS PARASOCIALES
2. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL, PRECEDENTES NORMATIVOS Y NATURALEZA JURÍDICA

2.1 Régimen jurídico. Evolución y actualidad.

2.2 Naturaleza jurídica

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ENFORCEMENT EN RELACION CON LA SOCIEDAD

1. INTRODUCCIÓN Y ANÁLISIS GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA. POSTURAS DOCTRINALES

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL (I)

2.1. Sentencia del Tribunal Supremo 120/2020 de 20 de febrero de 2020

2.2 Sentencias del Tribunal Supremo del 6 de marzo de 2009

a) STS 128/2009 de 6 de marzo de 2009

b) STS 138/ 2009 de 6 de marzo de 2009

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL (II)

3.1. Caso Promociones Keops: resolución dirección general de registros y notariado de 26 de octubre de 1989

3.2. Caso Munaka: STS 26 de febrero de 1991 y 10 de febrero de 1992

3.3. Caso Hotel Atlantis Playa: STS de 24 de septiembre de 1987

V. MECANISMOS DE ENFORCEMENT INTER PARTES

1. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS
2. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO
3. ACCION DE REMOCIÓN

4. ACCION DE RESOLUCIÓN
5. MECANISMOS DE AUTOTUTELA O MEDIDAS ESTABLECIDAS POR LAS PARTES
6. OTROS MECANISMOS DE ENFORCEMENT INTER PARTES
 - 6.1 Prestaciones Accesorias
 - 6.2 Sanciones Societarias

VI. CONCLUSIÓN

VII. BIBLIOGRAFÍA

I. LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

ART. Artículo

AP Audiencia Provincial

CC Código Civil

JPI Juzgado De Primera Instancia

LMV Ley De Los Mercados De Valores Y De Servicios De Inversión.

LSA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

LSC LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TS Tribunal Supremo

II. INTRODUCCIÓN

1. CUESTION TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

El presente trabajo aborda la cuestión de los pactos parasociales. Concretamente se centra en su *enforcement*, entendiendo como tal la manera y límites de su aplicación, tanto entre los propios firmantes del mismo como de cara a la sociedad.

El trabajo pretende abordar diversas cuestiones de gran interés relacionadas con los mismos, de forma que el posible lector acabe con una idea global de lo que se entiende por este tipo de pactos y como se articulan entre sus firmantes y para con la sociedad.

Se trata de una cuestión de gran relevancia en una sociedad, pues supone un instrumento más, además de los estatutos y de los acuerdos tomados en las juntas de administración, con el que los socios regulan, con la fuerza del vínculo obligatorio aspectos de su relación societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos, siendo válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad. Resulta imprescindible, además, recordar que, como menciona el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital << *Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.* >>

En el presente trabajo, además de un breve recorrido por cuestiones globales sobre estos acuerdos de socios, analizaremos cuáles son los distintos requisitos que se han ido exigiendo a lo largo de los últimos años para que lo expuesto en un pacto de socios pueda quebrar esa regla de inoponibilidad que predica el precepto mencionado

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

La elección de este tema para abordar mi TFG responde a diversas cuestiones.

Me gustaría comenzar explicando que, personalmente, el hecho de que los socios de una sociedad para regir las relaciones que existen entre ellos, o para regular diversas aportaciones a la sociedad o incluso la forma en que esta va a organizarse, puedan recurrir a un instrumento como los pactos parasociales, que se mantiene ajeno a los estatutos y que, solamente en algunas ocasiones, puede llegar a ser oponible a la sociedad, me ha resultado muy interesante desde que fue conocido por mí en el estudio de Derecho Mercantil. Y he aprovechado esta ocasión para realizar un trabajo de investigación sobre el mismo, conociendo distintos aspectos que, dada la cantidad de temario existente en las asignaturas, no daba tiempo a profundizar en su explicación en clase.

Por otro lado, la elección del tema de los pactos parasociales responde a la imperante necesidad de abordar una materia que, en la actualidad, se presenta como un componente crucial en el entramado jurídico y empresarial. La relevancia de este tema radica en varios factores, justificando así su selección para el presente trabajo de investigación.

Los pactos parasociales representan un fenómeno legal complejo y dinámico que afecta directamente a las relaciones entre los socios en una empresa. La multiplicidad de definiciones y la variada tipología de estos acuerdos requieren una exploración detallada para comprender su alcance y aplicación práctica en diferentes contextos.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

El trabajo puede dividirse en distintas partes. El propósito central de la primera, que abarcaría desde el apartado III.1 (nociones básicas de los pactos parasociales) hasta el IV.2 (Análisis Jurisprudencial I), consiste en realizar un análisis de los pactos parasociales, centrándose en la identificación y exposición de sus principales rasgos caracterizadores, la diversidad de definiciones que han emergido en el ámbito jurídico, su amparo legal, la tipología que subyace en dichos pactos, la naturaleza jurídica que los fundamenta, y, por último, cuales son las distintas posturas doctrinales de los expertos, así como los distintos tipos de pronunciamientos jurisprudenciales.

En segundo lugar, se hará un análisis jurisprudencial. También se divide en dos apartados. El primero de ellos versa sobre los pronunciamientos más actuales, en los que los pactos parasociales cuentan con más dificultades para poder ser oponibles a la sociedad, exigiendo el TS determinados requisitos que se estudiarán en el epígrafe pertinente; el segundo, expone resumidamente diversas argucias jurídicas de las que se ha servido el Tribunal Supremo para permitir su oponibilidad a la sociedad.

Por último, veremos cómo se produce la aplicación de estos pactos entre los socios firmantes, donde se verán distintos instrumentos que pone a disposición de las partes de estos contratos el derecho común.

En conclusión, este trabajo pretende realizar un breve recorrido sobre los aspectos más distintivos de los pactos parasociales, pretendiendo abarcar desde qué son, qué tipos hay y cuál es su amparo legal, hasta como pueden oponerse a la sociedad y aplicarse entre sus firmantes.

III. NOCIONES BÁSICAS DE LOS PACTOS PARASOCIALES

1. DEFINICIÓN Y TIPOLOGÍA DE LOS PACTOS PARASOCIALES

A la hora de realizar una exposición de lo que se concibe de forma generalizada como pactos parasociales, conviene precisar que hemos de partir de la base de que tal expresión no aparece explicada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico¹. Es decir, no existe un concepto positivo del término “pacto parasocial”². No obstante, son varias las menciones que hacen de ellos determinadas legislaciones, en ocasiones con nombres distintos, como en el artículo 29 de la LSC según la cual: <<Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.>>; y, en otras ocasiones, de forma expresa, como en los artículos 108, 113, 115 y 289 de LMV.

¹ Con esta afirmación hago referencia a que no existe, como tal, ningún precepto que explique qué es lo que se entiende por pacto parasocial.

² GAVIÑO, A, Pactos Parasociales: claves para que sean válidos y ejecutables, *Economist & Jurist*, Núm. 241, Madrid, 2020, pág. 58

Por ello, muchos autores han ido aportando a lo largo del tiempo diversas definiciones que pretenden concretar su contenido. Entre todas ellas, particularmente me gusta la que aporta PAZ ARÉS, CÁNDIDO, según la cual: << *La expresión «pactos para sociales» ha sido acuñada en nuestra doctrina para designar los 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. La definición que aporta el catedrático resulta de gran relevancia, pues subrayando << en sus relaciones internas >> introduce la cuestión más característica de este tipo de convenios: que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a la que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben.

El Tribunal Supremo también aporta su grano de arena en la cuestión, definiéndolos como aquellos convenios mediante los cuales << *los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y en los estatutos* >>⁴.

Se tratan, en definitiva, siguiendo el tenor de FRANCISCO CHULIÁ⁵ de un tipo de << *acuerdos estructuralmente autónomos del negocio fundacional, que no se incorporan a los estatutos de la sociedad, dando como resultado, generalmente, que no se puedan oponer a la sociedad ni a los terceros, resultando únicamente vinculante para los firmantes y produciendo únicamente efecto entre sus partícipes conforme al artículo 1257 CC, que proclama una regla esencial de la autonomía privada: los contratos obligan a las partes y a sus causahabientes.* >>

Por ende, los pactos parasociales son contratos, y como tal, se someten a las reglas generales del derecho de obligaciones y contratos. De ser estos válidos, se convierten en ley entre las partes tal y como indica el artículo 1091 CC, según el cual << *las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos* >>. Por ello, a diferencia de los estatutos, la terminación o modificación de los pactos para sociales, como todo contrato, requiere el

³ PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., El enforcement de los pactos parasociales, Actualidad Jurídica (Uría Menéndez) Núm. 5, Madrid, 2003, pág. 19

⁴ STS de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009/2794), FD Segundo.

⁵ 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. Núm. 559, Valencia, 1991.

consentimiento de todas las partes; y que, en caso de incumplimiento de alguno de los firmantes, como posteriormente se verá en el epígrafe V de este trabajo, las demás partes del contrato tienen a su disposición diversos remedios del derecho común para reparar su derecho. Los principales son: acción de indemnización de daños y perjuicios; acción de cumplimiento; acción de remoción; acción de resolución y ciertas medidas de autotutela que pueden arbitrarse en el ámbito de la autonomía privada para minimizar el riesgo de incumplimiento.⁶

En síntesis, estos acuerdos parasociales son plenamente eficaces y válidos entre los socios firmantes siempre que operen dentro de los límites de la autonomía de la voluntad, tal y como recoge el artículo 1255 CC.

Es frecuente entre la doctrina organizar a los pactos parasociales en una tipología no positiva, es decir, no contemplada literalmente en el ordenamiento jurídico, pero conocida incluso por el TS y expuesta en alguna de sus sentencias.

Su clasificación se remonta a 1942, momento en el que G. OPPO distingue entre pactos de relación, pactos de organización y pactos de atribución⁷.

En relación con los primeros, los pactos de relación se caracterizan por su neutralidad frente a la sociedad, pues se establecen con el ánimo de regular, de manera recíproca y directa, y sin mediación de la sociedad, las relaciones entre los socios firmantes.

Algunos supuestos que ilustran esta categoría, entre otros, serían acuerdos relativos a derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales; derechos de venta conjunta; obligaciones de no incrementar la participación en el capital por encima de un determinado porcentaje (pactos de no agresión); o, por incluir un ejemplo habitual más, cláusulas de eualización o redistribución de los dividendos sobre bases diversas a las previstas en los estatutos.

Para PAZ ARES, CÁNDIDO, lo característico de esta categoría es que no tienen incidencia o repercusión jurídicamente apreciable sobre la esfera social.⁸

En segundo lugar, los pactos de atribución se conciben como aquéllos que se conciertan con el fin de procurar otorgar ventajas a la propia sociedad. La contraprestación, o la

⁶ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., << El enforcemenent ... >> cit, pág. 21.

⁷ OPPO, G. I Contratti parasociali, Milán 1942, pp. 6-12.

⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., << El enforcemenent ... >> cit., 2003, p. 20

forma de realizar tal atribución a la persona jurídica, es la asunción por parte de los socios firmantes de las correspondientes obligaciones frente a ella.

Los ejemplos más característicos de este tipo de pactos los recogen aquellos que suponen una financiación adicional de la sociedad por parte de ellos socios mediante préstamos, aportaciones complementarias o reintegración del patrimonio social en caso de pérdidas, entre otras modalidades. No obstante, a pesar de que el ejemplo mencionado constituye la principal manifestación de los pactos de atribución, existen también muchos otros compromisos que pueden ser objeto de contratación parasocial: abstenerse de competir con la sociedad, otorgarle la exclusiva venta o intermediación en los productos de los socios, ofrecerle la adquisición de las acciones cuando el socio se proponga transmitir las, etc.

Cabe decir que, en este tipo de pactos, a pesar de que posteriormente se ahondará en ellos con mayor profundidad, opera para su *enforcement* la figura jurídica del contrato a favor de tercero, recogida en el artículo 1257. II CC.⁹ Según este precepto, en algunos casos, el TS entenderá que la sociedad, en su condición de beneficiaria del pacto de atribución, adquiere el derecho desde el mismo momento en el que el pacto es concertado; siendo únicamente necesaria la aceptación para evitar la revocación.

Por último, se debe de mencionar a los pactos de organización, aquéllos que para diversos juristas agrupan los pactos seguramente más relevantes y al mismo tiempo los jurídicamente más conflictivos.¹⁰

Estos tienen por objeto expresar la voluntad de los socios de reglamentar la organización, funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad. La gama de ejemplos de este tipo de pactos es muy amplia. Algunos de ellos son: pactos interpretativos de normas estatutarias; pactos sobre la composición del órgano de administración; pactos sobre quórums o mayorías; o pactos sobre la disolución de la propia sociedad (por ejemplo, atribuyendo a un socio el derecho a instar la liquidación en caso de que se verifiquen determinadas circunstancias).

⁹ El artículo mencionado en su apartado segundo menciona: <<Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.>>

¹⁰ Véase para ello autores como: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., El *enforcement* de los pactos parasociales, 2003, p. 20.

Con todo ello, estos pactos tienen siempre por objeto el control de la sociedad, bien sea para concentrarlo, transmitirlo o distribuirlo. Además, la mayor parte de ellos se instrumentan mediante convenios o sindicatos de voto, cuya fenomenología ofrece una gama de variedades amplísima.¹¹

Por último, cabe destacar, que, si los pactos son firmados por socios que representen la totalidad del capital social de la sociedad, se denominan pactos omnilaterales.¹² Estos tienen una gran trascendencia jurídica y constituyen el foco de atención de este trabajo, pues supone una situación muy distinta que las partes del pacto de socios coincidan con las partes del contrato de sociedad, y que no coincidan. Cuando solamente han sido algunos socios los que han firmado el pacto parasocial, la solución respecto a la oponibilidad del pacto a la sociedad es muy sencilla, pues impide su oponibilidad el principio de relatividad de los contratos consagrado por el artículo 1257.II CC.

Es manifiesto que, la falta de coincidencia entre las partes de la sociedad y las partes del convenio parasocial determina la necesidad de considerar a la sociedad como a un tercero en sentido material respecto de los firmantes del acuerdo.

Cosa muy distinta es cuando las partes de uno y otro círculo de personas son exactamente las mismas.

En este sentido, no puede apelarse a la autonomía o separación formal de uno u otro cuerpo de reglas para dar licencia al incumplimiento.

Es en estos casos, y solamente en estos, como veremos en este trabajo, que los pactos parasociales pueden entenderse oponibles a la sociedad en los términos que más adelante estudiaremos.

¹¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., El enforcemenent de los pactos parasociales, 2003, p. 20

¹² DE LA FUENTE, JUAN, Pactos Parasociales: Estado de la Cuestión, Diario LA LEY, Núm. 10300, Madrid, 2023, pág. 2.

2. RÉGIMEN JURIDICO ACTUAL, PRECEDENTES NORMATIVOS Y NATURALEZA JURÍDICA.

2.1 Régimen Jurídico. Evolución y actualidad.

Al hablar de su evolución, debo reiterar que los pactos parasociales, como ya he comentado con anterioridad al comienzo del apartado anterior, carecen de una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, más allá de breves referencias indirectas que pueden hacer de ellos determinadas normativas y reglamentos.

El concepto literal de pacto parasocial, como a continuación se expondrá, se concibe como un término elaborado a mitades del siglo XX. Es por ello por lo que, para hablar de este tipo de acuerdos, se debe hacer mención expresa al concepto de pacto reservado, que parece ser el precedente de los pactos parasociales. Aquéllos se remontan a la época codificadora española del siglo XIX, cuando el Código de Sainz de Andino¹³ o Código de Comercio de 1829, establece en su articulado alguna referencia expresa a los pactos reservados.¹⁴ La primera de ellas, en su art. 44, al prohibir y anular los pactos ocultos o reservados entre los socios. La segunda, en su art. 287, en virtud del cual *«los socios no pueden hacer pactos algunos reservados, sino que todos han de constar en la escritura social»*, manifestando en el artículo siguiente que *«los socios no pueden oponer contra el contenido de la escritura de sociedad documento alguno privado, ni prueba testimonial»*.

Según autores como Jorge Feliu Rey, la prohibición legal mencionada que recogía el primer Código de Comercio, viene condicionada por el Código de Comercio francés de 1807 y, a su vez, por la Ordenanza Francesa de 1673, que establecía una serie de requisitos formales y de publicidad, relativos estos últimos a una finalidad de sacar a la luz relaciones ocultas de los socios que, en un principio, tenían lugar en las sociedades comanditarias y que, como dice el citado autor, *<< permitían a los socios comanditarios permanecer ocultos, evitando de esta forma responder frente a terceros o convirtiéndose*

¹³ El Código de Comercio de 1829 recibe el mencionado nombre debido a que fue redactado por el Jurisconsulto, consejero Real, redactor del primer Código de Comercio, senador y académico de la Real Academia de la Historia Pedro Sainz de Andino. Según la Real Academia de la Historia Española Sainz de Andino escribió en 1827 una carta al ministro de Hacienda, Luis López Ballesteros, ofreciéndose para la formación del Código de Comercio, que se le encargó el 9 de enero de 1828 y que se consolidó como tal en 1829, instándole también a que elaborara un Código Civil.

¹⁴ FELIU REY, JORGE “Los pactos Parasociales en las Sociedades de Capital No Cotizadas” Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012, pág. 26

en acreedores frente a la sociedad.>>¹⁵ La inobservancia de estos requisitos conllevaba la nulidad de la sociedad.

A la hora de exponer la evolución de este tipo de pactos, no me gustaría saltarme la influencia, en este caso terminológica, que supone la obra *Il Contratti Parasociali* de Giorgio Oppo de 1942¹⁶. Como ya se habían dado cuenta algunos juristas españoles, el autor es consciente de un interesante fenómeno que se estaba produciendo en la práctica societaria y que, para Jorge Feliu Rey, ha pasado inadvertida en el derecho de sociedades: la incorporación e incluso superación de la regulación estatutaria de las distintas relaciones societarias a través de nexos contractuales entre los socios, entre éstos y la sociedad o inclusive con terceros. Surge de esta forma el término «contrato parasocial».

En línea con el articulado del Código de Comercio que se ha expuesto recientemente, el legislador restringe el ámbito de la sanción de nulidad al establecer en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, concretamente en su artículo 6º, que “*son nulos los pactos sociales que se mantengan reservados*”. Siendo así, además de mantener la prohibición con carácter general en el Código de Comercio, opta por declarar su nulidad en la legislación específica.

Finalmente, la evolución legislativa conlleva a que en el nuevo texto de LSA de 1989, en su artículo 7.1; y en el artículo 11.2 de la LSRL de 1995 se reconociera la eficacia interpartes de este tipo de acuerdos, estableciendo que “*los pactos que se mantengan reservados entre los socios, no serán oponibles frente a la sociedad*”.

Estas líneas siguen la nueva Ley de Sociedades de Capital, que reitera lo expuesto en las anteriores LSA y LSR, reflejando su existencia y validez en su artículo 29. Además, en el precepto 530 de esta nueva Ley, se regulan los pactos parasociales en sociedades cotizadas.

¹⁵ FELIU REY, JORGE “Los pactos Parasociales en las Sociedades de Capital No Cotizadas” pág. 27 Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012, pág. 27

¹⁶ G. OPPO, *Contratti Parasociali*, Milano, 1942.

2.2 Naturaleza Jurídica de los Pactos Parasociales

De la definición, la tipología y la evolución expuestas, se llega a la evidente conclusión de que los pactos parasociales se muestran como una realidad jurídica distinta del contrato fundacional de la sociedad, pues como argumentaba FELIU REY <<*no se trata de cláusulas del contrato social, sino de pactos establecidos fuera del mismo, ajenos e independientes. En este sentido, esta autonomía se convierte en un rasgo definidor clave para afirmar su esencia parasocial*>>¹⁷. Esta definición implica dos consecuencias en un principio: que no tengan naturaleza social y que queden privados de la publicidad que a los contratos sociales se les otorga. De esto, resulta que su principal característica a destacar sería su autonomía, estructural o formal.

Otro rasgo caracterizador de este tipo de acuerdos, que parece bastante lógico, es su accesoriedad. En tal interés, el pacto de socios no se comprende si no existe la sociedad, porque los pactos parasociales no solo pueden tener una relación con las cláusulas del contrato de sociedad, sino que pueden también aludir a otros aspectos relacionados con la función de la sociedad.

Con todo ello, se puede confirmar que los pactos parasociales poseen la naturaleza jurídica de un contrato, y que como tal se rigen por el derecho de obligaciones. Esto significa que su validez queda condicionada al cumplimiento de los requisitos de causa, objeto y consentimiento que dispone el artículo 1261 CC para cualquier tipo de contratos. Siendo así, los únicos límites de su contenido se sujetan a lo dispuesto en el artículo 1255 CC, según el cual se permite establecer contratos libremente << *siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.* >> y al artículo 28 LSC que establece que estos acuerdos serán válidos << siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido. >>

Por último, hay que mencionar que, dado su carácter contractual, impera el principio de libertad de contenido y forma establecido en el artículo 1278 del CC, siendo lo habitual que se formalicen por escrito.

¹⁷ FELIU REY, J., << Los pactos parasociales ... >>, pág. 126.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ENFORCEMENT EN RELACION CON LA SOCIEDAD

1. INTRODUCCIÓN Y ANÁLISIS GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA Y POSTURAS DOCTRINALES

La realidad jurisprudencial de los pactos parasociales constituye una cuestión más compleja de lo que a primera vista podría parecer. Pues, como bien anuncia M. ISABEL SAEZ LACAVE <<la experiencia más reciente pone a las claras que los jueces no cuentan con una estrategia bien definida y articulada para tratar los casos que se le presentan >>. ¹⁸

A lo largo de las últimas décadas, como se analizará en los puntos posteriores, la jurisprudencia española de los acuerdos que se realizan por los socios al margen de la sociedad ha contado con una línea que ha ido variando a la hora de pronunciarse. Principalmente, este problema surge en aquellos casos de pactos parasociales que establecen reglas de carácter organizativo y que reclaman eficacia societaria a través de acciones de impugnación de los acuerdos sociales por vulneración de pactos parasociales.

En estas situaciones anunciadas, contamos con actuaciones del Tribunal Supremo que, para la misma autora, no son más que << meras argucias jurídicas más o menos artificiosas o desproporcionadas para legitimar la impugnación del acuerdo >>¹⁹, sirviéndose de instrumentos como la doctrina del levantamiento de velo de la persona jurídica²⁰; la ficción de junta universal por estar presentes o representados en el pacto parasocial todo el capital social de la sociedad²¹; o bien mediante la figura del abuso de derecho²².

En otros casos, estos ya más recientes, y que se estudiarán también en el apartado posterior, el TS desestima el recurso de quien pretende dar validez a lo establecido en un pacto parasocial mediante la impugnación de un acuerdo societario, optando pues el juzgador por una aplicación más formalista, o incluso podría decirse que positivista al amparo de lo estipulado en el artículo 29 LSC, consiguiendo así una << versión legitimadora del blindaje de lo societario. >>²³

¹⁸ SAEZ LACAVE, M. ISABEL. Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces. INDRET Revista para el análisis del Derecho, Barcelona 2009. Pág. 19

¹⁹ SAEZ LACAVE, M. ISABEL. << Los pactos parasociales ... >> Pág. 20

²⁰ Sentencia del TS de 24 de septiembre de 1987.

²¹ Sentencias del TS de 26 de febrero de 1991 y de 10 de febrero de 1992.

²² Resolución dirección general de registros y notariado de 26 de octubre de 1989

²³ SAEZ LACAVE, M. ISABEL. << Los pactos parasociales ... >>, Pág. 20

La jurisprudencia que promueven este tipo de pronunciamientos, consistentes en la no aplicación de un pacto parasocial en la esfera societaria, supone un cambio radical con los pronunciamientos anteriores, pues anteriormente, el TS, podía más fácilmente amparar a quienes solicitaban que no se diera eficacia societaria a una infracción de un pacto parasocial mediante la impugnación de un acuerdo social.

Ahora, las recientes sentencias sostienen que, para que la impugnación prospere, es preciso que la infracción del convenio parasocial sustente una infracción legal, estatutaria o fiduciaria que motive la impugnación del acuerdo social (ex ante 115 LSA)

Por otra parte, no me gustaría finalizar este apartado sin comentar algo relativo al plano doctrinal. En este punto, pueden observarse posturas muy diferenciadas y distantes entre sí. Como ya se ha indicado a la hora de comentar el punto de vista de la jurisprudencia; hay quienes, por un lado, niegan la oponibilidad de los pactos parasociales a la sociedad; y, por otro lado, hay otros que reconocen que los acuerdos extraestatutarios, en determinados casos, pueden producir efectos frente a la sociedad.

La primera línea de pensamiento anunciada la constituye la que se ha denominado *doctrina clásica*. Ésta, al amparo de los artículos 29 y 204 de la LSC²⁴, niega rotundamente su oponibilidad, argumentando que, al ser los pactos parasociales extraestatutarios, no pueden subsumirse en ninguno de los casos tasados por la Ley y por tanto no son impugnables. Entre los defensores de esta postura contamos con autores como JUAN GÓMEZ, que opina que << *no se puede hacer pasar por societario lo que desde un origen los socios se han esforzado por que no lo fuera* >>. ²⁵ Por tanto, según éstos, al nacer el pacto al margen del derecho de sociedades, su discusión sobre la eficacia y la validez deberá de discurrir por cauces ajenos, no pudiendo acudir a los mecanismos del derecho de societario, en concreto a la acción de impugnación, siendo su eficacia estrictamente inter-partes.

²⁴ MADRILEJOS, FERNANDEZ. J. M^a., La inoponibilidad de los pactos parasociales al frente de la sociedad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009, CDC, Núm. 53, Madrid, 2010, pág. 301

²⁵ GÓMEZ, M., Eficacia ad extra de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción?, Diario La Ley, Núm. 4608, Madrid, 2015, pág. 6.

En resumen, los partidarios de la doctrina clásica sostienen que los pactos parasociales están fuera del régimen de la sociedad mercantil, formada por la ley y por los estatutos, por lo que, en un principio, la infracción de estos pactos no podrá ser impugnada. Dos son los motivos en que, para concluir, se basa esta doctrina: Sostienen que la existencia de este tipo de pactos se explica por dos razones: la imposibilidad de que el contenido de tales pactos pueda formar parte de los estatutos y que la voluntad de los socios es la falta de publicidad de los mismos.

Por otro lado, están los defensores de la doctrina moderna, que esgrimen que, en determinadas circunstancias, los pactos parasociales pueden producir efecto en la sociedad.

Los autores y académicos defensores de esta postura parten de una interpretación basada en la doble vertiente que tiene el principio de relatividad de los contratos (art 1257 CC). Su vertiente subjetiva se fundamenta en el principio << res inter alios acta tertiis non nocet >> que vendría a decir que lo pactado por unos no puede afectar a otros. La vertiente objetiva sostiene que los compromisos asumidos bajo un determinado régimen jurídico (en este caso Derecho de Obligaciones) solo puede hacerse efectivo bajo ese mismo régimen, y no por otro (como el Derecho de Sociedades).

La postura doctrinal moderna defiende, entonces, que de no darse alguna de las dos vertientes expuestas, el principio de relatividad de los contratos debería verse inaplicado pudiendo, en ese caso, oponer lo dispuesto por un pacto parasocial a la sociedad.

Y, además, suelen ser partidarios de los siguientes argumentos para demostrar cómo y cuándo la regla de inoponibilidad pierde su razón de ser:

- Hay quienes, que como FERNANDEZ DEL POZO, consideran que un pacto omnilateral, el suscrito por todos los socios, supone una forma de regla interpretativa de los estatutos sociales; y que, por tanto, son equiparables a los mismos a pesar de la diferencia entre su formalización y publicidad.²⁶

²⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.F., El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral, Editorial Aranzadi, Madrid, 2008.

- El segundo de los motivos esgrimido por los defensores de la doctrina moderna es que se ha considerado que la finalidad del pacto parasocial omnilateral es velar por el interés social. Sostienen que, por analogía, el pacto omnilateral es una expresión del interés social, por lo que un acuerdo social que contravenga un pacto parasocial omnilateral se trataría de una vulneración del interés social²⁷. Al no existir un precepto dentro de la LSC que incluya tales pactos como un motivo para impugnar los acuerdos sociales, se hace más coherente basar la impugnación en una vulneración del interés social²⁸.
- Un tercer argumento, al que posteriormente se dedicará un subapartado²⁹, consiste en la posibilidad de que el pacto parasocial omnilateral sea concebido como un acuerdo social informal tomado en Junta General Universal por estar presentes o representados la totalidad del capital social de la sociedad; y que, de infringirlo un acuerdo social, podría acudir a la teoría del levantamiento de velo para impedir la utilización de la persona jurídica como medio de aludir el cumplimiento de determinadas obligaciones o responsabilidades³⁰. Para los defensores de este argumento, la Sociedad no puede reputarse un tercero ajeno al pacto a efectos de lo previsto en el artículo 1257 CC, pues cuando estamos ante un pacto omnilateral difícilmente podría hablarse de ajenidad³¹.
- En otro contexto, se ha reconocido la viabilidad de impugnar un acuerdo social basándose en el abuso de derecho y la falta de buena fe. El acuerdo entre partes para regular una situación tiene fuerza legal entre aquellos que lo acordaron y debe ser respetado de acuerdo con lo acordado específicamente, considerando principios éticos y legales. Por lo tanto, la impugnación de dicho acuerdo se fundamentaría en el hecho de que fue adoptado de manera abusiva y deshonesto, perjudicando a su vez los intereses de la sociedad involucrada³².

²⁷ REDONDO TRIGO, F., “Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 715/2009, p. 2686.

²⁸ NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales.*, Editorial Civitas, Madrid, 2012, pág. 138

²⁹ Ver caso MUNAKA

³⁰ PÉREZ MILLÁN, D., *Sobre los pactos parasociales. Comentario a la STS 1a de 19 de diciembre de 2007*, Estudios de derecho mercantil y derecho tributario, Madrid, 2019, pág. 125.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL (I)

En esta parte del trabajo se comentarán tres sentencias de gran relevancia que sostienen la postura de que para poder oponer un pacto parasocial a la sociedad, la impugnación del acuerdo social debe basarse, así mismo, en una infracción legal, estatutaria o fiduciaria o atentar contra el interés social.

Las sentencias expuestas se han seleccionado por demostrar, de forma clara y expresa, la afirmación anterior, son citadas por numerosos artículos doctrinales y diversas sentencias y constituyen el camino jurídico que han seguido los últimos pronunciamientos jurisprudenciales.

2.1. STS 120/2020 de 20 de febrero de 2020

Para resolver el recurso presente, es crucial analizar los hechos relevantes que se establecieron en la instancia previa.

El conflicto entre las partes tiene su origen en la creación del grupo familiar Zapata por D. Horacio. En los años setenta, D. Serafin y D. Narciso (sus hijos varones) se unieron a la gestión del grupo.

El 18 de julio de 1983, todos los hijos de D. Horacio firmaron un protocolo familiar llamado << *Convenio de Directrices, Relaciones y Coeficientes de Participación del Grupo Económico Zapata* >>. Este convenio buscaba regular las reglas morales y legales que regirían las relaciones con la empresa para asegurar su continuidad y la convivencia entre los accionistas. Se acordó distribuir las participaciones societarias de ciertas sociedades de la siguiente manera: D. Serafin recibiría el 28%, D. Narciso el 26%, y las hermanas restantes, D.^a Apolonia y D.^a Milagrosa, el 23% cada una, sin que esos porcentajes pudieran alterarse y debiendo respetarlos siempre.

El grupo empresarial mantuvo esta distribución hasta que varios hermanos, sin intervención de los demandantes, realizaron permutas, compraventas y donaciones de

³¹ CARRASCO PERERA, A., Protocolo familiar: aspectos generales, Creación, gestión estratégica y administración de la PYME. Thomson Civitas, Madrid, 2010, p. 581

³² PÉREZ MORIONES, A. Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima, Revista de Derecho Mercantil, Núm. 223, Valencia, 1996, pág. 457

acciones en fechas específicas, acciones que ahora se intentan invalidar por los motivos que se anuncian en el párrafo siguiente.

La demanda fue interpuesta por los hermanos contra los involucrados en estas transacciones, buscando varios pronunciamientos declarativos y de condena, incluyendo la violación del protocolo familiar, la obligación de cumplirlo, la indemnización, la anulación de las escrituras públicas y la reversión de acciones y participaciones.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda argumentando que el documento en cuestión no constituía un negocio fiduciario, sino más bien una declaración de intenciones sobre la gestión del grupo familiar empresarial. También señaló que el acuerdo se asemejaba a un pacto sucesorio y no implicaba restricciones a la transmisión de acciones y participaciones.

La apelación a esta sentencia fue desestimada por la Audiencia Provincial, reafirmando la interpretación de la instancia anterior sobre el protocolo familiar. Se argumentó que, aunque el convenio establecía criterios para el reparto del capital social, no imponía un mantenimiento perpetuo de estos coeficientes, lo cual sería contrario a la ley. Además, se enfatizó que el protocolo no prohibía la transmisión de acciones, y las transacciones impugnadas no violaban ni el convenio ni la ley.

En resumen, la Audiencia concluyó que las acciones realizadas no tenían una causa ilícita y estaban destinadas a modificar el patrimonio familiar, sin contradecir el pacto de 1983. Además, se descartó la vulneración de la doctrina de los actos propios, ya que los demandantes también habían intentado resolver la crisis del grupo empresarial por medios similares.

El Tribunal Supremo seguía la misma línea de la Audiencia Provincial, desestimando el recurso por los motivos que se indican a continuación.

Presupuesta la validez de los protocolos familiares o, más bien, de un pacto parasocial al amparo del artículo 29 LSC habiendo superado la nulidad que imponían los artículos 7.1 LSA 1951 y 11.2 LSRL 1995, el problema que se plantea con frecuencia es su eficacia cuando no se transponen o ejecutan a través de tales negocios para darle eficacia << ad extra >> inscribiéndolos en el RM o mediante su incorporación a los estatutos sociales de la sociedad.

De ello resultarían dos regulaciones contradictorias: la dispuesta por los pactos parasociales y la de los estatutos.

En el presente supuesto, los estatutos no constaban adaptados a los compromisos suscritos mediante el protocolo familiar; determinando, en consecuencia, que las previsiones del protocolo tuvieran una limitada eficacia inter-partes, entre los socios, como pacto parasocial que era.

Siendo así las cosas, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que la simple violación de un convenio parasocial no es suficiente por sí sola para invalidar el acuerdo impugnado, como se establece en la sentencia 138/2009, de 6 de marzo que se analizará a continuación. Por lo tanto, cuando se ha intentado cuestionar la validez de un acuerdo social tomado por la junta de socios o el consejo de administración únicamente por ser contrario a lo establecido en un pacto parasocial, esta Sala ha rechazado tal impugnación.

Para que la impugnación sea considerada válida, sería necesario que la infracción del pacto parasocial estuviera acompañada simultáneamente por una violación de la ley o los estatutos, o por un perjuicio hacia uno o varios accionistas o terceros que beneficie a la sociedad.

Se observa claramente a raíz de lo expuesto que, al no haberse incorporado a los estatutos ni haberle atribuido eficacia ad extra mediante su incorporación al RM, la mera infracción de lo dispuesto en el protocolo familiar no supone ninguna violación de la ley societaria ni de los estatutos, no pudiendo acudir a esa vía para que prosperase la impugnación del acuerdo social.

Los demandantes, igualmente, defendían como motivo en el recurso que los negocios de compraventa, permuta y demás se habían realizado, también, con el propósito de causar un daño aquellos. Recordemos que, aunque la infracción del pacto no conlleve la violación de la ley o de los estatutos, la impugnación de un acuerdo social podría prosperar en caso de que se estime que ha existido una intención de perjudicar a unos socios o terceros para beneficiar a otros o a la sociedad.

El TS resuelve esta cuestión mediante una cita a la sentencia 576/2013 de 11 de octubre³³, en la que se describe un contrato con daño a tercero conforme a la prueba practicada en

³³ STS 576/2013 de 11 de octubre ROJ (5025/2013)

el correspondiente caso. Al poder demostrarse mediante prueba, el contrato presentaba pues una causa ilícita constitutiva de causa torpe³⁴ (1136 CC) que acarrea su nulidad.

El TS sentenciador de este supuesto estima que, en la referida sentencia 576/2013 se desprendía claramente que el concierto de la voluntad de las partes con el específico propósito de perjudicar a un tercero resultaba de la prueba practicada. Ahora, en la sentencia 120/2020 que se analiza, decide que no ocurre ese fin de perjudicar a los demandantes en la prueba practicada, sino que lo único que muestra es la intención de modificar la configuración del protocolo familiar permitido por la ley societaria.

En conclusión, no existe la necesaria violación de la ley o los estatutos para poder impugnar los diversos contratos con base en la infracción del protocolo familiar, ni se estima que se haya actuado con el propósito de dañar a unos socios.

Por ello, el Tribunal desestimó el recurso analizado.

2.2 Sentencias del 6 de marzo de 2009

En este punto del trabajo estudiamos las sentencias 128/2009 de 6 de marzo y 138/2009 de 6 de marzo, que sientan la base sobre la que se pronunció la sentencia 120/2020 de 20 de febrero de 2020 analizada anteriormente.

Para ponernos en situación, primero resumiré los antecedentes de cada una de las sentencias, para posteriormente proceder, de forma unificada al ser totalmente similares, a la explicación y el análisis que hace el Tribunal a la luz de los hechos expuestos.

a) STS 128/2009 de 6 de marzo de 2009

Según la sentencia 128/2009 de 6 de marzo, el 12 de julio de 2001, el Procurador de los Tribunales, en representación de don Lorenzo, presentó una demanda de juicio ordinario ante el Juzgado Decano de Arona contra Camanchaca, SL. En la demanda se alegó que las familias Jon e Lorenzo establecieron un grupo de sociedades a partir de Kurt Konrad

³⁴ STS 120/2020 de 20 de febrero de 2020: <<En definitiva estiman que los contratos de permuta presentan causa ilícita constitutiva de causa torpe (art. 1306 CC), lo que acarrea una nulidad que opera ipso iure.>>

y Cía, SA, en 1973, con un reparto desigual de acciones y participaciones entre ambos grupos.

Con el objetivo de evitar problemas a largo plazo, los miembros de ambas familias llegaron a un acuerdo el 23 de junio de 1997, aplicable a todas las sociedades del grupo, mediante modificaciones estatutarias. Según dicho pacto, todos los accionistas se comprometían a actuar en beneficio de la sociedad, siguiendo los principios de cogestión, lealtad y buena fe.

En consecuencia, se adoptaron acuerdos de modificación en una junta general de Camanchaca, SL, que incluían la designación de un consejo de administración de cinco miembros. La válida adopción de acuerdos requería el voto favorable de cuatro de los cinco miembros. Además, se estableció una disposición supletoria que advertía que, en caso de no alcanzar esta mayoría, el presidente convocaría nuevamente al consejo, siendo suficiente el voto favorable de tres miembros en la segunda convocatoria.

Sin embargo, surgieron complicaciones cuando, el 23 de junio de 1997, se nombró presidente del consejo a un miembro de la familia Jon y secretario a otro de la familia Lorenzo. Además, se designaron cuatro consejeros delegados, dos de cada familia. Posteriormente, el 30 de julio de 1997, se otorgó un poder a un no familiar, don Valentín, para actuar con otro consejero mancomunado.

La situación se complicó aún más cuando, el 23 de junio de 1998, un miembro de la familia Lorenzo revocó el poder otorgado a Don Valentín y dicha revocación fue considerada efectiva por sentencia firme.

Con este contexto, se convocó al consejo de administración de Camanchaca, SL, para el 7 de junio de 2001, donde se discutieron diversos asuntos. Dos de los cinco puntos del orden del día de la citada Junta se pretenden impugnar por la demandante; el primero, el estudio y posible ratificación de los actos realizados por una persona con insuficiente poder de representación; segundo, el otorgamiento, si procede, de apoderamientos.

En la reunión, se ratificaron los actos realizados por el apoderado, a pesar de la revocación del poder, y se nombraron tres nuevos apoderados. Esto fue posible debido a que, a pesar de que en un principio solo reunieron tres de los cinco votos favorables, siendo necesarios cuatro, se realizó una segunda convocatoria por el presidente, según lo dispuesto en los estatutos, en la que volvieron a votar a favor tres de cinco miembros, adoptándose así el

acuerdo. La impugnación se basa en la falta de representación adecuada debido a la revocación del poder y la inadecuada adopción de acuerdos en la junta.

La demanda fue desestimada en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Arona.

Recurriendo en apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, fue igualmente desestimada.

Siendo así las cosas, la demandante recurrió en casación el asunto ante el Tribunal Supremo fundando el recurso en un único motivo. Este, plantea la cuestión de decidir sobre la eficacia que, frente a la sociedad, debe atribuirse a un convenio parasocial celebrado anteriormente por todos los socios y, más en concreto, sobre si el alegado incumplimiento del mismo ha de considerarse causa bastante para anular los acuerdos impugnados.

Recordemos que según lo dispuesto en el pacto parasocial firmado el 23 de junio de 1997, debido al reparto desigual de participaciones entre los miembros de las dos familias, se buscaba una forma de cogestión al dotar al órgano de administración de una composición que hiciera necesario el voto de un miembro del grupo minoritario. A pesar de ello, se adoptó en Junta General una serie de acuerdos que contaron únicamente con el voto favorable de tres de los cinco miembros, siendo todos ellos de la familia del grupo mayoritario.

Lo que la demandante pretendía en este punto era declarar la nulidad radical, y subsidiariamente, que se anulara el acuerdo por el que se ratificaron las actuaciones del antiguo apoderado por falta de representación; así como declarar también la nulidad radical de los nuevos apoderamientos. Aducía para ello que se infringió lo dispuesto en el pacto parasocial relativo a la forma de cogestión de tomar decisiones en la administración de la sociedad, pues su adopción no contó con el voto de la minoría.

Al impugnar ambos acuerdos, el demandante, miembro de la minoría, invocó el convenio parasocial, destacando su eficacia, con apoyo en los artículos 6.4, y 7.2, del Código Civil. Alegó que el convenio de que se trata estableció un principio de gestión social compartida que vinculaba a los socios, a los consejeros y a la propia sociedad, con independencia de cual hubiera sido su reflejo estatutario. Añade que, en concreto, los acuerdos de ratificación de los actos ejecutados por un apoderado sin poder suficiente y de atribución

de poderes, por tres, en lugar de cuatro, consejeros, eran contrarios a aquel principio, por más que se manifestaran como formalmente correctos.

El Tribunal Supremo desestimó el motivo único.

Para ello, recordó lo dispuesto en el art. 115.1 LSA, que, estando ahora derogada, contenía las mismas reglas que el art. 204.1 de la LSC en lo respectivo a los acuerdos impugnables. Según estos: << *Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.* >>

La demandante invoca a los art. 6.4 y 7.2 del CC para determinar que los dos acuerdos adoptados fueron, a tenor de los mismos, contrarios a la Ley.

Respecto al art. 6.4 CC el tribunal entiende que el mismo << *exige, además de que el acto se haya realizado bajo la cobertura de una norma y persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, la existencia de otra norma eludida, que no se identifica en el motivo y que es la que debería ser aplicada en el caso de declararse el fraude de ley y, por ende, la que debería determinar cual habría de ser el tratamiento que merece el acto considerado fraudulento.* >> y respecto al 7.2 << *no cabe hablar de abuso de derecho, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. Entre ellas, que lo pactado por los socios debía proyectarse por voluntad de los mismos, y se proyectó, en los estatutos. Que, como se dijo, es a estos a los que corresponde establecer el régimen de organización y funcionamiento del consejo, con inclusión, en todo caso, del modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría. Y que los estatutos de Camanchaca, SL, por decisión de la junta que los aprobó en su día, contienen, junto a las normas que expresaron la voluntad de dar intervención a la minoría en la administración social, otra, de aplicación supletoria, que elimina el rigor de tal exigencia.* >>

Esta sentencia ilustra de forma clara cómo, por la mera infracción de un pacto parasocial, no puede impugnarse un acuerdo social. Para ello se necesita, como expone el artículo 204.1 LSC, que lo adoptado por la aprobación del acuerdo sea contrario a la Ley o se oponga a los estatutos.

En el caso analizado a raíz de esta sentencia, los acuerdos eran plenamente conforme con los estatutos al preverse una disposición supletoria que legitimaba la concurrencia de tres

de cinco votos favorables. Ello implicaba la necesidad de averiguar si, además, infringían alguna norma jurídica. En este caso no fue así.

En conclusión, a la luz de los hechos y consecuencias expuestas, se puede deducir que la mera infracción de un pacto parasocial no supone causa suficiente para poder oponer lo dispuesto por ello a la sociedad e impugnar un acuerdo social, sino que, además, se ve necesaria la existencia de una infracción de algún precepto del ordenamiento jurídico o de que el acuerdo social adoptado contravenga a los estatutos.

b) STS 138/2009 de 6 de marzo de 2009.

La sentencia que va a ser analizada a continuación guarda una estrecha relación con la anterior, pues como ya se indicó al comienzo del supuesto de hecho, se creó un grupo de sociedades a partir de Kurt Konrad y Cía, SA. Esta sentencia se basa en otra de las sociedades del grupo, distinta de la protagonista en el apartado anterior, que sigue las mismas líneas de cogestión, lealtad y buena fe que surgen a raíz del mismo convenio parasocial. Veremos como el tribunal llega a la misma solución a la hora de pretender oponer lo dispuesto en un pacto parasocial a la sociedad para utilizarlo como motivo de impugnación de los acuerdos sociales.

Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes:

En abril de 2001, el procurador don Buenaventura Alfonso González, en representación de don Jesús, don Braulio y doña Fátima, interpuso una demanda de juicio ordinario ante el Juzgado Decano de Arona contra Turística Konrad-Hidalgo, SL. En resumen, alegaron que, en virtud de un acuerdo extra societario fechado el 23 de junio de 1997 entre las familias Ignacio y Jesús, se estableció un pacto que debía aplicarse a todas las sociedades del grupo, incluida Turística Konrad-Hidalgo.

Según el pacto, los accionistas se comprometieron a actuar en beneficio de la sociedad, basándose en los principios de cogestión, lealtad y buena fe. Además, se acordó equilibrar las posiciones sociales mediante la modificación estatutaria, estableciendo un nuevo consejo de administración compuesto por cinco miembros. También, se reconoció el derecho de la minoría social a agrupar participaciones para la elección de miembros del consejo.

Sin embargo, alegan que, en una junta de socios en junio de 2000, el grupo mayoritario cesó injustamente a un consejero del grupo minoritario, y en diciembre de 2000, en una junta donde se incluía el "nombramiento de consejero para cubrir vacante", el grupo mayoritario nombró un nuevo consejero, lo cual contravino los estatutos establecidos en el pacto de junio de 1997.

Siendo así las cosas, se interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Arona en la que se piden: 1) se declare la nulidad radical del acuerdo en el que se produce el nombramiento del consejero; 2) se declare, subsidiariamente, ineficaz el acuerdo de nombramiento del consejero y de cuantos actos traigan causa en tal nombramiento, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 19.2 de los estatutos³⁵; y 3) que sea la minoría quien tenga el derecho de nombrar a tal consejero.

El Juzgado de Primera Instancia desestima todas las pretensiones.

Se recurre en apelación ante la Audiencia Provincial de Tenerife, que desestima las pretensiones y confirma la sentencia dictada en primera instancia.

Posterior a ello, la parte demandante interpone un recurso de casación que se acepta y se remite a la Sala Primera del Tribunal Supremo. Este se fundaba en tres motivos, de los cuales, solo me centraré en uno, pues es el único pertinente en relación con el tema objeto de análisis de este trabajo. Los motivos eran: 1) infracción de determinada jurisprudencia³⁶ en cuanto permiten oponer a la sociedad los pactos parasocietarios firmados por todos los socios y basar en ellos la impugnación de acuerdos; 2) Infracción de la jurisprudencia sentada por las sentencias de 17 de octubre de 1.987 y 4 de diciembre de 1.986 , en cuanto supeditan la declaración de nulidad parcial del negocio jurídico a que el mismo se hubiera concertado voluntariamente sin la parte nula, en relación con el artículo 12.3 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada y la disposición transitoria primera de dicha Ley; y 3) Infracción de la jurisprudencia sentada por las sentencias de 20 de octubre de 1.998 y 20 de marzo de 1.982 , en cuanto establecen que las sentencias se han de dictar tomando en consideración la situación de hecho y de

³⁵ Este artículo era aquel que establecía que: la vacante por muerte, declaración de fallecimiento o ausencia legal, renuncia, separación, revocación, cese o, en general, por cualquier otra causa, de algunos o de todos los consejeros nombrados por minorías agrupadas, será cubierta por la misma minoría que hubiere designado al saliente o salientes, sin que en ningún caso la mayoría social pueda proveer esas vacantes.

³⁶ La sentencia cita las sentencias 24 de septiembre de 1.987 y 10 de febrero de 1.992

derecho existente al iniciarse el proceso, en relación con el artículo 20 del Código de Comercio.

Como ya he anunciado, para evitar información ajena al tema de desarrollo de este trabajo, únicamente me referiré a lo dispuesto en el primer motivo, el que pretende la impugnación del acuerdo mediante la oposición a la sociedad de lo dispuesto en un pacto parasocial.

El Tribunal sentenciador parte de confirmar la validez de este tipo de pactos entendiéndolos como negocios jurídicos válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad.

Menciona el artículo 115.1 de la derogada Ley de Sociedades anónimas, que disponía lo mismo que el actual artículo 204.1 LSC, según el cual << *Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros* >>. El Tribunal Supremo declara que el citado precepto condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de algún accionista o tercero. Consecuentemente, la mera infracción de un pacto parasocial no basta por si sola para la anulación del acuerdo impugnado.

Resume expresando que, los pactos podrán ser oponibles a la sociedad, y se podrá impugnar a través de ellos un acuerdo social que contradiga lo dispuesto por aquellos, cuando, además de no respetar al pacto, supongan también la infracción de algún precepto del ordenamiento jurídico o se oponga a los estatutos. La simple infracción del pacto no es suficiente requisito para poder impugnar un acuerdo social.

Como se ha visto, ambas sentencias plantean la cuestión de decidir sobre la eficacia que, frente a la sociedad, debe atribuirse a un convenio parasocial celebrado anteriormente por todos los socios y, más en concreto, sobre si el alegado incumplimiento del mismo ha de considerarse causa bastante para anular los acuerdos impugnados. Hemos visto como la mera infracción no es requisito suficiente para impugnar el acuerdo social, sino que el éxito de la impugnación esta condicionado a que tal acuerdo, además de infringir el pacto parasocial, infrinja algún precepto del ordenamiento, se oponga a los estatutos o lesione, en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, los intereses de la sociedad.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL (II)

El análisis jurisprudencial contenido en los siguientes apartados pretende exponer a modo de resumen cuáles han sido las líneas que ha seguido, en algunas ocasiones determinadas, el alto tribunal³⁷ para exponer cómo y en que ocasiones lo dispuesto en un pacto parasocial ha podido ser oponible a la sociedad. Para ello, fuera de la necesidad expuesta en el epígrafe anterior de la necesidad de una violación de la ley o los estatutos o de un atentado contra el interés social para poder impugnar los diversos contratos de socios, el Tribunal Supremo se sirvió de diversas argucias jurídicas más o menos artificiosas o desproporcionadas para legitimar la impugnación del acuerdo valiéndose de elementos como la ficción de una junta universal, la doctrina del levantamiento de velo de la persona jurídica o la existencia de un abuso de derecho.

El distanciamiento de estos motivos con los analizados en el punto anterior, que tienen una base y una fundamentación completamente distinta, ha sido la razón por la que el análisis jurisprudencial del presente trabajo se ha dividido en dos partes. Así, uno puede entender y diferenciar con mayor facilidad cuáles son los recursos de los que se ha servido el tribunal para, en unas ocasiones, no optar por la oponibilidad de los pactos parasociales y, en otras ocasiones, pretender su validez de cara a la sociedad.

Las sentencias seleccionadas son enormemente ilustrativas de las diversas << argucias jurídicas >> de las que se ha servido el Tribunal Supremo, o la Dirección General de los registros y el Notariado, para legitimar lo dispuesto en un pacto parasocial omnilateral y su oponibilidad de cara a la sociedad.

3.1 Caso Promociones Koeps: resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado.³⁸

El caso de Promociones Koeps proporciona un ejemplo esclarecedor sobre la figura del abuso del derecho. En este contexto, el único accionista de la sociedad, "Promociones Koeps", decidió constituir una prenda sobre la totalidad de las acciones como medio para obtener la financiación necesaria.

³⁷ A pesar de que diga el alto tribunal, como se verá a continuación, el Caso de "Promociones Koeps" es llevada a cabo por la Dirección General de los Registros y el Notariado y no por el Tribunal Supremo.

³⁸ DGRN de 26 de octubre de 1989 (RJ 1989/7050)

Aunque los estatutos sociales, según su artículo 8, conferían el derecho de voto al acreedor pignoraticio, se estableció en el contrato de prenda, considerado como un pacto parasocial para nuestros propósitos, que este derecho recaería en el deudor pignoraticio, es decir, el propio accionista único

A pesar de esta disposición, el acreedor pignoraticio convocó y presidió una Junta General, tomando decisiones que afectaron a la sociedad en perjuicio del deudor. Esta acción, en la que se dio preferencia a los intereses del acreedor sobre los del accionista único, reveló una situación de abuso del derecho.

En consecuencia, el Registrador consideró denegar la inscripción de los acuerdos que se tomaron en la Junta General convocada por el acreedor, pues a pesar de haberse tomado en una Junta bien constituida conforme a la legalidad, aduce una actuación de mala fe por parte del mismo, pues era titular de todos los derechos de voto según los estatutos sociales. Una vez llegados a este punto, la DGNR confirmó el criterio del Registrador.

La resolución comienza recordando la regla de inoponibilidad de los pactos parasociales al establecer que *<< frente a la sociedad habrá de mantenerse la eficacia de la actuación realizada por quienes estatutariamente aparecen legitimados (en nuestro caso, el acreedor pignoraticio), aun cuando sustantivamente carezcan de poder o facultad para ello (por así establecerlo el acuerdo privado) >>*. Sin embargo, en el supuesto analizado, se verifica la existencia de una identidad o coincidencia subjetiva entre todas las partes del pacto y todos los miembros de la persona jurídica, pues no hay ningún socio distinto del que ha suscrito el contrato de prenda reservándose el derecho, y, en consecuencia, el actuar del acreedor pignoraticio es considerado abusivo al infringir el compromiso contractual de permitir que el deudor mantenga sus derechos de voto, según lo establecido en el artículo 7.2 del Código Civil.

Dado que es un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico que los derechos deben ejercerse de conformidad con las exigencias de la buena fe, y que no se debe proteger el ejercicio abusivo de dichos derechos, así como considerando la necesaria protección de los derechos de terceros que confían en la exactitud de las apariencias legítimamente creadas, se establece que el mantenimiento de la eficacia jurídica de las actuaciones que, respaldadas por los Estatutos sociales, contradicen la relación jurídica subyacente de naturaleza contractual, se justifica por dicha protección.

En este contexto, se sostiene que la validez de una actuación no debería ser reconocida si aún no se comprometen derechos de terceros cuya protección justifique su mantenimiento. Tal reconocimiento no solo sería contrario a los principios de buena fe y evitar el ejercicio abusivo de derechos, sino que también constituiría un incumplimiento contractual que acarrearía un grave detrimento para los propietarios de las acciones afectadas. Estos propietarios verían inutilizadas facultades legítimamente adquiridas, lo que redundaría en perjuicio sustancial. Por lo tanto, se argumenta en favor de la invalidez de tales actuaciones en ausencia de un compromiso de derechos de terceros que exija su reconocimiento.

3.2. Caso Munaka: STS 26 de febrero de 1991³⁹ y 10 de febrero de 1992⁴⁰

El caso Munaka ejemplifica de forma paradigmática como un acuerdo parasocial puede oponerse a la sociedad al concebirse que su celebración se realizó bajo la ficción de la existencia de una junta universal. Este argumento, como ya se ha visto, es sostenido por los defensores de la doctrina moderna para explicar la eficacia de estos acuerdos ad extra.

El supuesto de hecho lo constituye una sociedad, Munaka, constituida por cuatro accionistas: una madre, sus dos hijos y la esposa de uno de ellos.

Estos sujetos, fuera de la Junta General, acuerdan mediante un pacto parasocial proceder a la reducción del capital de Munaka S.A. y a instar posteriormente la disolución de la sociedad.

Dos meses más tarde de este acontecimiento se celebra una Junta General por tres de los cuatro miembros y no solamente omiten reducir el capital, sino que proceden a aceptar por mayoría su ampliación.

El socio accionista que no estuvo presente en la toma del acuerdo de ampliación de capital, se opone a dicho pacto, impugnado la ampliación de capital por contravenir el acuerdo de los socios parasocial suscrito dos meses antes.

El caso llega hasta el Tribunal Supremo, que anula la ampliación de capital realizada contraviniendo el pacto parasocial suscrito por los cuatro socios de Munaka S.A. y declara que es exigible a la sociedad el cumplimiento del acuerdo parasocial por el que se comprometían a reducir el capital.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal recurre al artificio o ficción de que el pacto parasocial constituye un acuerdo informal de junta general. Incluso en un momento dice: << Aunque se estimase que tal acuerdo no fue tomado en Junta General de accionistas de «Munaka, S.A.», y que, por tanto, no es un acuerdo social, es claro que concurriendo en el mismo los requisitos esenciales para la validez de los contratos del art. 1.261 del C.C., tal convenio tiene fuerza obligatoria entre quienes lo suscribieron y deben ser cumplidos a su tenor (art. 1.091), dando cumplimiento no sólo a 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, según establece el art. 1.258 del CC”.

3.3 Caso Hotel Atlantis Playa⁴¹

La presente sentencia supone un ilustrativo caso de como la doctrina del levantamiento de velo de la persona jurídica puede servir en ocasiones para abrir brecha en la regla de inoponibilidad del pacto parasocial frente a la sociedad que contempla el art 29 LSC.

El pacto parasocial relevante de este caso consistía en un pacto de fiducia. En este, el socio titular del 100% del Capital Social, el socio único, reconocía que un 13% de los derechos del capital de la sociedad correspondía a la Sra. Jeanne Antoniette.

Como es obvio, pues ad extra y sobre todo en los libros de la sociedad aparecía el socio único como única persona accionista, se pactó en contrato privado esta atribución del capital social y sus correspondientes derechos.

Posterior a ello, se convocó, en palabras del tribunal una << *aparatosa convocatoria de la Junta General* >>⁴² a la que exclusivamente asistió el socio único, tomando acuerdos de relevante importancia como algunas modificaciones estatutarias, nombramiento de gerente y alguno más.

Siendo así las cosas, la Sra Jeanne, ahora titular de un 13% de la sociedad conforme al pacto de socios, impugna los acuerdos tomados en Junta General. Su fundamentación se basaba en una infracción de los estatutos sociales del Hotel Atlantis Playa (sociedad de la que estamos hablando), concretamente de su artículo 14, a tenor del cual, los acuerdos de la Junta General requerirán para su aprobación << el voto favorable de dos socios como mínimo, sin que pueda estimarse existente el adoptado con el voto de un solo socio, aunque en él se reúnan la mayoría de las acciones a no ser en los casos permitidos en que la sociedad tenga un solo socio >>.

La sociedad, frente a ello, se defendió recordando que en ésta existe únicamente un socio, el socio único, y que el pacto parasocial fiduciario no le puede ser oponible al tenor de lo dispuesto en el artículo 7 LSA⁴³.

⁴¹ STS de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6194).

⁴² Segundo Fundamento de Derecho de la STS de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6194)

⁴³ En este caso, se recurre a la LSA debido a que estamos ante una sentencia de 1987, momento en el que aun estaba en vigor. El texto del precepto equivale en gran medida a lo dispuesto en el artículo 29 de la actual Ley de Sociedades de Capital. El apartado segundo del artículo 7 de la mencionada Ley derogada, dispone: << Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la Sociedad. >>

Es interesante la actuación del Tribunal en este caso, pues al estimar la demanda de impugnación del acuerdo argumenta que los pactos privados son oponibles a la sociedad cuando se pueda llegar a considerar que ésta no es, en atención a la realidad de sus socios, un tercero ajeno e independiente.

La mencionada sentencia remite a su vez en algunas otras, como la sentencia de 5 de mayo de 1958 o la de 28 de mayo de 1984, para sentar la tesis general de que, por las vías de la equidad y de las exigencias de buena fe que dispone el artículo 7.1 CC, se permite la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, para evitar que se puedan perjudicar intereses privados o públicos camino del fraude, admitiendo la posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior (levantar el velo jurídico) de las sociedades para evitar un abuso de derecho o el daño ajeno o de los derechos de terceros.

V. MECANISMOS DE ENFORCEMENT INTER PARTES⁴⁴

En el apartado anterior se ha expuesto el tema de la eficacia de los pactos parasociales frente a la sociedad, viendo cuales son las líneas argumentativas que sostiene el Tribunal Supremo a la hora de decretar la validez de estos acuerdos para poder ser oponibles a la misma. A pesar de que el objeto tratado en tal epígrafe resulta el asunto de mayor controversia jurídica, no puede dejarse al margen el *enforcement inter-partes* de los socios firmantes de estos pactos, y cuáles son las vías de defensa de los firmantes y de sus intereses en caso de que un socio incumpla lo pactado.

A diferencia de lo que ocurre con los estatutos sociales de una sociedad, que gozan de una eficacia *erga omnes*, los pactos que se mantienen reservados entre los socios tienen una eficacia *inter-partes*.

Siguiendo con las líneas anteriores del trabajo, los pactos parasociales, por su propia naturaleza contractual, son vinculantes para todas las partes firmantes del mismo. La anterior afirmación desemboca, en primer lugar, del principio *pacta sunt servanda*, que podría definirse como “los pactos obligan” o “los pactos deben cumplirse”, y que tiene reflejo en el artículo 1091 CC (<< las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos. >>), 1256 CC (<< la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes >>) y 1258 CC (<< los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces 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. >>); y, en segundo lugar, del principio de relatividad de los contratos que ampara el artículo 1257 CC. Por último, encontramos también un reflejo de ello en el propio artículo 29 LSC, que, al excluir a los pactos reservados de poder ser oponibles a la sociedad, sugiere que sí lo son *inter-partes*.

Siendo así, como menciona PAZ ARES⁴⁵, de ser válido el pacto parasocial, se convierte en ley entre las partes, y en ese caso, no hay razón para privar a quien esté interesado en su cumplimiento de ninguno de los remedios previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de sus intereses contractuales.

⁴⁴ Me gustaría aclarar que todo lo expresado en este apartado ha sido extraído exclusivamente del texto de PAZ ARES. Consideré que mostraba un análisis muy completo y claro de la relación entre acción de cumplimiento y pactos parasociales.

⁴⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., << El enforcemenent ... >> cit, pág. 25.

Y al considerarse ley entre las partes, se pone a disposición de los socios firmantes, para proteger sus derechos e intereses consolidados, una serie de mecanismos recogidos en el derecho común para exigir el cumplimiento de su obligación, tal y como se expone a continuación.

1. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

El primer remedio, que resulta el menos problemático de todos, es el que deriva directamente de la responsabilidad contractual, en cuya virtud aquel que incumpla lo dispuesto en el contrato queda obligado a reparar los daños y perjuicios ocasionados a la contraparte.

La anterior consecuencia del no cumplimiento de un pacto encuentra su fundamento en los artículos 1101 CC y siguientes, que imponen como requisito que el incumplimiento sea subjetivamente imputable, sin que sea estrictamente necesaria la concurrencia de dolo o culpa.⁴⁶

No obstante, la acción de indemnización cuenta con un problema práctico. Resulta difícil de demostrar y cuantificar el daño causado por el incumplimiento de un pacto parasocial o establecer un nexo de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio ocasionado. Personalmente, me gusta la forma de combatir tal problemática que proponen autores como CÁNDIDO PAZ ARES o JUAN GOMEZ, que aconsejan establecer una cláusula penal o realizar una liquidación abstracta del daño. Además, con la cláusula penal, el acreedor no se ve privado de poder ejercitar la acción de cumplimiento, pues como dispone el artículo 1053 CC: << *En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.* >> e incluso, si así se pacta en el contrato, se puede exigir también la indemnización de daños (el artículo 1052.1 CC dispone que << *En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.* >>).

⁴⁶ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., << El enforcemenent ... >> cit, pág. 21.

Como dice JUAN GOMEZ << *la mejor solución pasa por la previsión contractual de las consecuencias del incumplimiento, a modo de cláusulas penales que, en no pocas ocasiones se presentan como única medida disuasoria al incumplimiento de un “pacto de caballeros”*. >>⁴⁷ En ocasiones, los riesgos asociados a esta dificultad de cuantificar y demostrar el perjuicio ocasionado, se puede recurrir también al mecanismo de resarcimiento in natura, que procederá cuando resulte posible, jurídica y materialmente, reparar el daño en forma específica y ese daño no requiera gastos desproporcionados.

2. LA ACCION DE CUMPLIMIENTO

En este sentido se articula un mecanismo que permite pedir ante un tribunal la ejecución específica de una obligación, sin necesidad de demostrar que el incumplimiento es responsabilidad subjetiva del deudor o que haya causado daño al acreedor. Se establecen diferentes formas de lograr esto, dependiendo de la naturaleza de la obligación:

1. Si la obligación es entregar algo (dare), se puede forzar la entrega mediante acciones legales, incluso adquiriendo el objeto a expensas del deudor.
2. Si implica realizar algo que no es estrictamente personal o fungible (facere), se puede ordenar a un tercero que realice la prestación a cargo del deudor.
3. Si es una obligación personalísima o infungible (facere), se puede obligar al deudor a cumplir personalmente bajo amenaza de multas coercitivas mensuales por retraso.
4. Si la obligación implica una declaración de voluntad (volere), se puede sustituir la voluntad del deudor mediante una sentencia.
5. Si la obligación es abstenerse de hacer algo (non facere), se puede condenar al deudor a corregir la situación, pagar multas coercitivas, indemnizar por daños causados, cesar en la actividad y, en casos de desobediencia, enfrentar responsabilidad penal por desacato a la autoridad judicial

En resumen, según nuestra interpretación, cualquier mecanismo legal disponible para hacer efectiva una demanda de cumplimiento puede aplicarse a los pactos parasociales, siempre y cuando no haya limitaciones generales basadas en la imposibilidad física o

⁴⁷ GÓMEZ, M., << Eficacia ad extra ... >> cit., pág. 6.

jurídica de la prestación (según el artículo 1184 del Código Civil) o en la falta de exigibilidad fundamentada en la buena fe o la prohibición del abuso del derecho (según el artículo 7 del Código Civil).

Es importante destacar que la limitación relacionada con la buena fe puede restringir ciertos aspectos, ya que se podría considerar que actuar en contra de la buena fe incluye, por ejemplo, que un individuo, amparándose en su derecho contractual para designar a un administrador, intente que los socios de su confianza voten a favor de la nominación de alguien manifiestamente incompetente. Sin embargo, esta cuestión sigue siendo objeto de debate.

En cuanto a los pactos de relación, no representan un problema significativo, ya que su cumplimiento no afecta directamente a la sociedad, sino que se centra en las relaciones entre los socios. Por otro lado, los pactos de atribución tampoco generan muchas dudas, ya que, aunque su cumplimiento impacta directamente en la esfera social al procurar ventajas para la sociedad, es la propia sociedad la que puede reclamar o rechazar dicha atribución. Las complicaciones se centran principalmente en los pactos de organización, que buscan regular la influencia conjunta de las partes en la sociedad y, por lo tanto, su aplicación afecta directamente a la propia sociedad.

3. LA ACCIÓN DE REMOCIÓN

El tercer remedio contractual del derecho común para defender los intereses del socio frente a un eventual incumplimiento, lo contempla el artículo 1098. II del CC mediante la acción de remoción, en virtud del cual: << *Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.* >>

La acción de remoción se dirige a eliminar el estado de cosas causado por el incumplimiento, mediante remover o deshacer lo <<mal hecho>> estableciendo una prohibición de votar o mediante la sustitución coactiva de la voluntad del socio que ha incumplido por el órgano judicial.

Se recurrirá a este remedio cuando un socio tenga interés en revocar un acuerdo adoptado mediante el voto de otro socio que incumplió un pacto, o cuando se quiera presentar nuevamente a consideración de la junta una propuesta que no fue aprobada debido al voto negativo del socio incumplidor.

Se plantea la posibilidad de instar al Juez a que condene al demandado a emitir su voto o a que sea sustituido por la sentencia en una Junta general que se convocaría posteriormente. Este proceso tendría como finalidad someter a la consideración de los accionistas la revocación de un acuerdo previamente adoptado o la inclusión de un acuerdo que haya sido omitido anteriormente. No obstante, la efectividad de esta acción puede encontrarse limitada por la excepción de imposibilidad. Esta excepción puede prosperar en situaciones en las que existan derechos de terceros, especialmente de socios no vinculados por el pacto parasocial, que puedan verse afectados, o por razones de simple oportunidad.

Es importante destacar que el paso del tiempo puede jugar un papel relevante en este contexto, ya que, en muchos casos, la viabilidad y pertinencia de la remoción pueden disminuir con el transcurso del tiempo, afectando el interés y la relevancia de llevar a cabo este proceso.

4. LA ACCION DE RESOLUCIÓN

Al comienzo del presente apartado se ha expuesto que estos mecanismos contractuales de defensa ante el incumplimiento del pacto de un socio constituyen una fuente de vías de defensa que emanan del derecho común. Siendo así, resulta imprescindible dedicarle un subapartado a la facultad que otorga el artículo 1124 CC, que en sus dos primeros apartados expone: << *La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.*

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. >>

Los pactos parasociales pueden ser resguardados mediante los remedios resolutorios previstos en el derecho contractual para disolver compromisos en caso de incumplimiento o situaciones como la imposibilidad, falta de exigibilidad de acuerdo *ex bona fidei*, o cambios imprevistos en las circunstancias. La atención principal se centra en la regulación de la << denuncia >> dentro de la disciplina de la sociedad civil.

En situaciones de pactos de duración indefinida, las partes generalmente tienen la facultad de terminar el acuerdo *ad nutum*⁴⁸, a menos que, dadas las circunstancias y la naturaleza del vínculo, se determine que el compromiso debe perdurar mientras persista la participación en la compañía a la que se refieren los pactos (según el artículo 1705.I del Código Civil). No obstante, las partes también disponen de la facultad de realizar una denuncia extraordinaria, la cual puede ejercerse siempre que exista un << justo motivo >>, siendo considerado incumplimiento sustancial de la contraparte como un motivo válido (según el artículo 1707 del Código Civil).

El derecho de denuncia puede transformarse contractualmente en un derecho de separación o exclusión, donde una de las partes puede retirarse o excluir a la otra bajo determinadas circunstancias. Es crucial destacar que este proceso afecta la sociedad interna derivada del pacto y no tiene un impacto directo en la sociedad externa donde se constituye la empresa. La implementación de estos mecanismos puede requerir términos específicos, como un "call" (derecho de exclusión) o un "put" (derecho de separación), para asegurar la efectividad de estas acciones.

5. MECANISMOS DE AUTOTUTELA O MEDIDAS ESTABLECIDAS POR LAS PARTES

Cabe incluir en este apartado algunas otras medidas que, al margen de los remedios que aporta el derecho común que se han explicado en los subapartados anteriores, pueden servir a las partes para reforzar sus compromisos o para tener más garantías de seguridad acerca del cumplimiento de lo dispuesto en el pacto parasocial.

La forma más simple de lograr lo mencionado se basa en la inserción en el propio pacto de los mecanismos a los que ya se ha aludido con anterioridad al explicar la acción de indemnización de daños y perjuicios, consistentes en una cláusula penal, o instrumentos de similar magnitud, como un *put* o un *call* frente al incumplidor, << en cuya virtud éste

⁴⁸ Expresión que, según el Diccionario panhispánico del español jurídico significa: A voluntad o unilateralmente.

<< Cuando se trata de contratos de duración indefinida, por no haberse pactado un plazo determinado para su determinación, con o sin previsión de prórrogas o renovaciones, la doctrina jurisprudencial admite la resolución o disentimiento unilateral, por decisión "ad nutum", tanto más si hay en la relación una impronta de confianza - "personae intuitu" >>

quede obligado a adquirir las participaciones de quien lo ejercita o a transferir las suyas propias a favor de quien lo ejercita a precios disuasorios, en el primer caso por encima del precio de mercado y en el segundo, por debajo. >>⁴⁹

6. OTROS MECANISMOS SOCIETARIOS DE ENFORCEMENT INTER PARTES

Por último, no me gustaría dejar de añadir en el presente trabajo algunas modalidades de garantía del cumplimiento de un pacto parasocial por parte de los socios que, ya quedando al margen de los remedios contractuales aportados por el derecho común, pueden ser de utilidad en el seno de una sociedad para disuadir del posible incumplimiento de lo pactado.

6.1 Prestaciones Accesorias

Este procedimiento implica la modificación de los estatutos de la sociedad mediante la incorporación de una cláusula específica. Esta cláusula, concebida como una prestación accesoria, impone a los futuros socios la obligación de adherirse a los pactos parasociales actualmente en vigor.

En este sentido, cualquier individuo que aspire a adquirir acciones o participaciones en la sociedad en el futuro deberá, como requisito previo, firmar el pacto parasocial existente. Este enfoque busca garantizar la continuidad y eficacia de los acuerdos a lo largo del tiempo, al hacer que la adhesión a dichos pactos sea una condición esencial para la adquisición de acciones o participaciones en la entidad.

Según JUAN DE LA FUENTE⁵⁰, existe una cierta similitud entre las prestaciones accesorias y los pactos parasociales en la medida en que, por ambas vías, se pueden establecer obligaciones de los socios para con la sociedad. La diferencia radica en que las prestaciones accesorias deben aparecer expresadas en los estatutos de la sociedad, mientras que no ocurre lo mismo con los acuerdos parasociales.

⁴⁹ PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., << El enforcement ... >> cit., pág. 29

⁵⁰ DE LA FUENTE, J., << Pactos Parasociales... >>

Es por ello que, un pacto de socios que se incorpore a los estatutos como parte de la prestación accesoria, adquiere otra completa dimensión, pues pasa a ser concebido como una obligación social y ya no solo contractual.

Se trata de una vía mediante la cual los acuerdos parasociales se benefician de la regulación del derecho societario, pues su inclusión como prestación accesoria se traduce como un mecanismo que pretende dotar de eficacia a dicho pacto frente a la sociedad al permitir que se apliquen remedios societarios a las situaciones en las que se incumple lo dispuesto en este tipo de acuerdos.

Es más, si un pacto parasocial se incorpora a los estatutos para figurar como una prestación accesoria, el incumplimiento de aquél puede constituir una causa de exclusión del socio, pues se consideraría también un incumplimiento de la prestación accesoria y, por tanto, de los estatutos.

Un caso relevante relacionado con lo expuesto lo constituye la SAP 1590/2022 de 3 de noviembre de 2022⁵¹, en la que el objeto de impugnación consistía en un acuerdo social que determinó la exclusión de un socio, también persona jurídica, como consecuencia del incumplimiento de una prestación accesoria referida a su vez a un pacto de socios.

6.2 Sanciones Societarias

En el ámbito jurídico, se ha planteado un amplio debate doctrinal⁵² sobre la creación de una obligación estatutaria para observar los pactos de socios, cuya contravención conllevaría sanciones societarias. Este enfoque, según expertos, sería coherente con el principio de autonomía estatutaria. Además, algunos juristas sugieren la conveniencia de exigir la publicación de dichos pactos en el Registro Mercantil. Esta medida, según la perspectiva de PAZ-ARES⁵³, busca salvaguardar los derechos adquiridos de buena fe.

La inclusión de obligaciones relativas a los pactos parasociales en los estatutos sociales se presenta como una herramienta clave para penalizar el incumplimiento en el ámbito societario. Las posibles sanciones van desde penalizaciones leves hasta la exclusión del

⁵¹ SAP 1590/2022 de 3 de noviembre de 2022 Rec. (2470/2022)

⁵² CHULIÁ V., << Licitud, eficacia y organización ...>> pág. 1209.

⁵³ PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., << El enforcement ... >> cit., pág. 42

socio infractor de la sociedad. No obstante, es crucial destacar que este instrumento, al igual que las prestaciones accesorias, posee una función principalmente preventiva y no constituye, por sí solo, una garantía completa o un medio para exigir de manera automática las obligaciones acordadas.

VI. CONCLUSIÓN

Como se ha podido comprobar a lo largo del trabajo, los pactos parasociales se presentan como una cuestión compleja, no exenta de controversia jurídica y de diversidad de opiniones en la doctrina, así como de una jurisprudencia que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo.

Así pues, este instrumento societario que tiene la naturaleza jurídica de un contrato privado, y que, dada su eficacia obligacional, solo debería de tener eficacia inter-partes, puede llegar a poner en tela de juicio a la sociedad en determinadas circunstancias.

Como se ha visto, actualmente, el Tribunal Supremo exige mayores requisitos para poder permitir su eficacia para con la sociedad; como la infracción de algún precepto del ordenamiento jurídico, la contravención del pacto de socios con los estatutos o la lesión del interés social. Sin ello, el pacto por sí solo no podría llegarle a ser oponible.

A pesar de ello, y ya hablando bajo un criterio personal, el desarrollo del trabajo me ha permitido generarme una opinión propia que quizás diste un tanto de los pronunciamientos actuales.

Considero que el pacto parasocial se presenta como un instrumento habitual societario para regir las relaciones de los socios entre ellos, o con la sociedad, de tal forma que, en gran cantidad de sociedades, los estatutos jurídicos y estos pactos, adoptan el mismo nivel de importancia y de presencia en una sociedad.

Siendo así, para finalizar, soy partidario de que, en ciertas ocasiones ya expuestas, como la ficción de una junta universal con coincidencia de partes del pacto de socios y las del contrato de sociedad, o, por ejemplo, en situaciones de abuso de derecho, el pacto parasocial pudiera llegar a ser oponible a la sociedad. Adopto así una posición más proclive al sector moderno de la doctrina.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Libros, Revistas y Artículos Doctrinales:

- CARRASCO PERERA, A., Protocolo familiar: aspectos generales, Creación, gestión estratégica y administración de la PYME. Thomson Civitas, Madrid, 2010, p. 581.

- DE LA FUENTE, J, Pactos Parasociales: Estado de la Cuestión, Diario LA LEY, Núm. 10300, Madrid, pp. 1-476.

- FELIU REY, J, Los pactos Parasociales en las Sociedades de Capital No Cotizadas, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012, pp. 26 y ss.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.F., El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral, Editorial Aranzadi, Madrid, 2008.

- GAVIÑO, A, Pactos Parasociales: claves para que sean válidos y ejecutables, Economist & Jurist,, Num. 241, Madrid, 2020, págs. 56-61

- GÓMEZ, M., Eficacia ad extra de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción?, Diario La Ley, Núm. 4608, Madrid, 2015, pp. 1-10.

- MADRILEJOS, FERNANDEZ. J. M^a., La inoponibilidad de los pactos parasociales al frente de la sociedad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009, CDC, Núm. 53, Madrid, 2010, pp. 271 y ss.

- NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales., Editorial Civitas, Madrid, 2012, pp. 1-176.

- OPPO, G., I contratti parasociali, Milano, 1942, pp. 6-12.

- PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., El enforcement de los pactos parasociales, Actualidad Jurídica (Uría Menéndez) Núm. 5, Madrid, 2003, pp. 19-44.

- PÉREZ MILLÁN, D., Sobre los pactos parasociales. Comentario a la STS 1a de 19 de diciembre de 2007, Estudios de derecho mercantil y derecho tributario, Madrid, 2019, pp. 105-130.

- PÉREZ MORIONES, A. Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima, Revista de Derecho Mercantil, Núm. 223, Valencia, 1996, pp. 455-461.

- REDONDO TRIGO, F., Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 715, Madrid, 2009, p. 2686.

- SAEZ LACAVE, M. ISABEL., Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces, INDRET Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2009, pp. 1-31.

- 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. Núm. 559, Valencia, 1991.

