

JAVIER MARTÍNEZ ROSADO

LOS PACTOS PARASOCIALES

Prólogo de
Carmen Alonso Ledesma

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	15
ABREVIATURAS	19
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I. LOS PACTOS PARASOCIALES: CUESTIONES GENERALES	25
1. DEFINICIÓN Y FINALIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES...	25
2. CARACTERÍSTICAS.....	31
2.1. Ámbito subjetivo	31
2.2. Independencia respecto al contrato de sociedad y los estatutos sociales.....	36
2.3. Libertad de forma	43
3. CONTENIDO Y CLASES.....	44
4. REGULACIÓN LEGAL.....	50
4.1. Derecho comparado.....	51
4.1.1. Países continentales.....	51
4.1.2. Países anglosajones	53
4.1.3. Países latinoamericanos.....	55
4.2. Derecho español.....	56
4.2.1. Derecho vigente	56
4.2.2. Derecho proyectado.....	59
4.2.3. Conclusiones.....	60
CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PACTOS PARASOCIALES	63
1. PRECISIONES PREVIAS: LO «SOCIAL» Y LO «PARASOCIAL» LO «RESERVADO» Y LO «NO RESERVADO»	63

	Pág.
2. NATURALEZA OBLIGATORIA DEL PACTO PARASOCIAL	67
3. NATURALEZA CONTRACTUAL DEL PACTO PARASOCIAL	69
3.1. Carácter contractual del pacto parasocial	69
3.2. El pacto parasocial y los llamados «negocios anómalos».....	71
3.3. Caracteres del contrato parasocial.....	78
3.3.1. Contrato unilateral, bilateral o plurilateral.....	78
3.3.2. Contrato de ejecución instantánea y de tracto sucesivo.	79
3.3.3. En su caso, contrato a favor de tercero.....	79
3.3.4. Contratos atípicos.....	81
3.4. El pacto parasocial, contrato de sociedad interna	83
3.5. Los llamados pactos omnilaterales	87
CAPÍTULO III. LICITUD Y EFICACIA <i>INTER PARTES</i> DE LOS PAC-	
TOS PARASOCIALES	93
1. ADMISIBILIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES	93
1.1. El paulatino reconocimiento de la licitud de los pactos para-	
sociales. En particular, en Italia y Estados Unidos	93
1.2. La situación en nuestro país.....	101
2. LÍMITES A LA ADMISIBILIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES.	104
2.1. No contravención a la ley	105
2.1.1. Ley dispositiva y estatutos sociales	105
2.1.2. Ley imperativa y principios configuradores	106
2.2. No contravención a la moral	113
2.3. No contravención al orden público.....	115
2.4. Referencia a algunos pactos parasociales, en particular	120
3. NULIDAD DEL PACTO PARASOCIAL	126
4. A MODO DE RECAPITULACIÓN.....	127
5. REMEDIOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL PACTO PA-	
RASOCIAL.....	128
5.1. La acción de indemnización de daños y perjuicios.....	129
5.2. La acción de cumplimiento	131
5.2.1. Argumentos a favor y en contra de su admisibilidad.	131
5.2.2. Consideraciones críticas.....	137
5.2.3. Medidas cautelares	141
5.3. La acción de remoción.....	143
5.4. La resolución del contrato.....	145
6. MECANISMOS DE REFUERZO DEL CUMPLIMIENTO DE LOS	
PACTOS PARASOCIALES	145
6.1. Cláusulas penales	146
6.2. La configuración del pacto parasocial como prestación acce-	
soria	146

	Pág.
6.3. Otros mecanismos.....	154
CAPÍTULO IV. Oponibilidad de los pactos frente a terceros.....	157
1. LA Oponibilidad: Cuestiones generales	157
2. Oponibilidad frente al tercer adquirente de las acciones/participaciones.....	159
2.1. Derecho comparado.....	159
2.2. Derecho español.....	161
2.2.1. Sociedades no cotizadas.....	161
2.2.2. Sociedades cotizadas.....	162
3. Oponibilidad frente a la sociedad.....	166
3.1. La oponibilidad de los pactos «reservados» entre los socios. Regla general: el art. 29 LSC	166
3.2. La oponibilidad de los llamados pactos de atribución	169
3.3. La oponibilidad de los pactos de relación	170
3.4. Los pactos socios-sociedad.....	170
3.5. Pactos suscritos por todos los socios	172
3.5.1. Consideraciones generales	172
3.5.2. Derecho comparado	173
a) Estados Unidos	174
b) Alemania	175
3.5.3. Derecho español	178
a) Jurisprudencia	178
b) Doctrina. Posición personal.....	184
CAPÍTULO V. Los llamados protocolos familiares: Análisis del RD 171/2007, de 9 de febrero.....	195
1. Consideraciones generales.....	195
2. La regulación contenida en el RD 171/2007	201
2.1. Definición y características de los protocolos familiares	201
2.2. La publicidad del protocolo familiar	204
2.2.1. Cuestiones generales	204
2.2.2. Las diferentes formas de publicidad	208
a) Publicidad en el sitio web de la sociedad (art. 4).	208
b) Constancia registral de los protocolos (art. 5).....	211
c) Protocolo familiar en la presentación de las cuentas anuales (art. 6).....	212
d) Inscripción registral de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo familiar (art. 7).....	217
2.2.3. Eficacia de la publicidad del protocolo familiar	219

	Pág.
2.3. Otras cuestiones	221
3. EL PROTOCOLO FAMILIAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL	222
4. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	224
CAPÍTULO VI. LOS PACTOS PARASOCIALES EN LA SOCIEDAD COTIZADA.....	225
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	225
2. LOS ARTS. 530 A 535 LSC	234
2.1. Ámbito de aplicación	234
2.1.1. Ámbito de aplicación subjetivo.....	234
2.1.2. Ámbito de aplicación objetivo	238
<i>a)</i> Pactos que incluyen la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales	240
<i>b)</i> Pactos que restringen o condicionan la libre transmisibilidad de las acciones.....	249
<i>c)</i> Pactos que, con el mismo objeto, se refieran a obligaciones convertibles o canjeables emitidas por una sociedad anónima cotizada.....	251
<i>d)</i> Un último apunte.....	252
2.2. El deber de comunicación, depósito y publicidad	255
2.2.1. Contenido.....	255
2.2.2. Legitimación	261
2.2.3. Plazo.....	263
2.2.4. Exenciones del deber de comunicación	264
2.2.5. Sanciones en caso de incumplimiento	267
<i>a)</i> Sanciones de carácter jurídico-privado.....	267
<i>b)</i> Sanciones de carácter jurídico-público.....	273
3. PACTOS PARASOCIALES ANTERIORES A LA LEY DE TRANSPARENCIA.....	275
4. PACTOS PARASOCIALES Y OPAs.....	277
4.1. Pactos parasociales y OPA obligatoria	278
4.1.1. Regulación del RD 1066/2007 en lo relativo a los pactos parasociales y la OPA obligatoria	278
4.1.2. Problemática que se plantea sobre la obtención del control y la obligación de formular la OPA.....	280
<i>a)</i> Contenido y finalidad del pacto parasocial.....	281
<i>b)</i> Distinción entre pacto parasocial y actuación en concierto	283
<i>c)</i> Cómputo de los derechos de voto	289
<i>d)</i> Obligación de formular una OPA por nombramiento de administradores	290
<i>e)</i> Obligados a formular la OPA.....	293

	Pág.
4.2. Pactos parasociales y medidas de neutralización de una OPA.....	295
CAPÍTULO VII. LOS PACTOS DE SINDICACIÓN PARA EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN	309
1. DEFINICIÓN, CONTENIDO, ÁMBITO SUBJETIVO Y REGULACIÓN LEGAL	309
2. DERECHO COMPARADO.....	314
2.1. Países continentales	314
2.2. Países de corte anglosajón	321
2.3. Países latinoamericanos	326
3. EL DEBATE SOBRE LA VALIDEZ EN NUESTRO DERECHO	327
3.1. Posturas en contra de su admisibilidad.....	327
3.1.1. Teoría clásica	328
3.1.2. Teoría contractual.....	332
3.2. Postura minoritaria: admisibilidad de los sindicatos para el órgano de administración.....	334
3.3. Nuestra posición a la luz del Derecho positivo	338
3.4. La cuestión en el Derecho proyectado	354
BIBLIOGRAFÍA	357

Prólogo

Creo que no resulta exagerado afirmar que los llamados pactos parasociales o pactos de socios constituyen en la actualidad, como tuve ocasión de señalar en otra oportunidad, un fenómeno casi consustancial a las sociedades de estructura corporativa que recurren a ellos de forma cada vez más creciente, entre otras muchas razones, como medio para garantizar en la sociedad la estabilidad necesaria que permita el desarrollo de una política empresarial a medio o largo plazo que, de otra forma, sería difícil de conseguir, o simplemente, para soslayar las normas imperativas de la Ley de Sociedades de Capital, lo que sucede especialmente en las sociedades cerradas. Y es que a través de estos pactos los socios intentan adaptar o modalizar la normativa societaria a sus particulares circunstancias familiares, profesionales, etcétera.

Pero el hecho de que estos pactos parasociales sean formal y materialmente independientes del contrato social y, por tanto, sin que pasen a formar parte del ordenamiento de la persona jurídica a la que se refieren, no impide que la conexión funcional con ella haga que la vida de las sociedades resulte claramente influida por los pactos que los socios hubieran llevado a cabo, especialmente en el caso de los llamados pactos omnilaterales. Y ello porque las normas contractuales de los negocios parasociales pueden modificar la aplicación de normas estatutarias, fundamentalmente cuando los acuerdos extrasocietarios han sido celebrados por todos los socios, lo que plantea numerosas cuestiones en torno a su alcance, la más polémica de las cuales es, sin duda, la de la impugnabilidad o no de los acuerdos sociales adoptados con infracción del pacto de socios.

No es de extrañar, pues, que el amplio mundo de los pactos parasociales haya sido objeto de estudio por numerosos autores que desde una u otra perspectiva se han acercado a esta materia. Podría parecer superfluo, por ello, que apareciera en el mercado otra obra dedicada a tratar sobre este tipo de pactos. No es el caso, sin embargo, del libro que tengo la satisfacción de prologar al haber aceptado la encomienda que en su momento me hizo el autor.

Es cierto que existe una abundante literatura en nuestro país y fuera de él acerca de los pactos celebrados entre algunos o todos los socios al margen del contenido de los estatutos sociales a los que no se incorporan, pero también lo es que gran parte de esa literatura se ocupa o bien de una clase de pactos o bien de aspectos parciales de los mismos, sin que, además, exista una situación pacífica respecto a la mayoría de las cuestiones que estos negocios entre socios plantean. De ahí que no solo no esté de más, sino más bien que sea necesaria, una obra de conjunto que trate de algunas de las modalidades de pactos que se conocen en la práctica y de la variada problemática que estos pactos de socios generan para tratar de aportar nuevos enfoques o soluciones a muchos de los problemas que ahí se encierran.

Por eso, cuando el profesor MARTÍNEZ ROSADO me pidió consejo para elaborar un trabajo de investigación para concursar a una plaza de profesor titular de universidad, le sugerí que trabajara sobre esta materia que, a mi juicio, reunía condiciones inmejorables para ser objeto de una investigación. El tema ofrecía muchas posibilidades de estudio desde una perspectiva dogmática y, además, también tenía una gran repercusión práctica, por lo que contribuir a arrojar alguna luz sobre los múltiples aspectos que tanto en el plano obligacional como societario planteaba el tema siempre sería de gran utilidad. Y aunque de aquello hace ya algunos años, lo cierto es que el tiempo transcurrido desde la celebración de esa oposición no ha modificado sustancialmente la situación existente en aquellos momentos. Las cuestiones que suscitaban los pactos parasociales, lejos de haberse resuelto, siguen de plena actualidad, y es que si bien respecto a algunas de ellas se ha llegado a un consenso generalizado desde hace tiempo, como sucede en el caso de su validez entre quienes los celebran, el debate sigue vivo respecto a muchas otras o se han abierto nuevos frentes de discusión, como sucede con los llamados pactos para el consejo, cuya admisibilidad dista mucho de ser compartida de forma unánime por la doctrina.

Y a llevar a cabo ese estudio se aprestó el profesor MARTÍNEZ ROSADO con su habitual rigor y dedicación, siendo el resultado final de la labor realizada el libro que ahora presento.

Una presentación en la que no pretendo dar cuenta detallada del contenido del libro porque, como ya he repetido en muchas ocasiones, esa descripción sería inevitablemente incompleta y totalmente innecesaria, ya que no tiene mucho sentido anticipar de forma escueta en un apresurado resumen lo que el lector debe ir descubriendo por sí mismo con la lectura directa de la obra.

En consecuencia, y como la monografía habla por sí misma, me limitaré a señalar en unas breves líneas algunas de las virtudes que a mi juicio dotan al libro de un especial interés.

En él se intenta ofrecer un panorama completo de los pactos parasociales y de sus vicisitudes, analizando la situación existente con una visión crítica, rigurosa y con un lenguaje conciso y directo, sin más adornos que los necesarios para una adecuada comprensión del tema; se sugieren so-

luciones interpretativas que dan una nueva perspectiva a muchas de las cuestiones que ya habían sido tratadas con anterioridad por la doctrina o el autor se adhiere a la postura que, de entre las expuestas, le parece más acertada; o se manifiesta abiertamente dando su opinión ante cuestiones nuevas. Es decir, el autor no se limita a reproducir de manera vicaria las ideas o los argumentos expresados por quienes le han precedido en el estudio de la materia, sino que se adentra en ella y ofrece sus propias opiniones, siempre sólidamente fundadas y argumentadas después de repasar valorativamente la jurisprudencia o los autores nacionales o extranjeros, como sucede en particular en relación con los pactos suscritos por todos los socios que, como antes ya se dijo, constituye uno de los puntos neurálgicos de los negocios entre socios.

En el libro se dedica especial atención a las cuestiones que resultan más polémicas, o más interesantes, referidas a aspectos de carácter más general y a aspectos más concretos. Entre los primeros cabe resaltar la relación entre el pacto parasocial y el contrato social, con las consecuencias que ello tiene o puede tener en lo relativo, por ejemplo, a la causa, a la duración del pacto cuando esta no se deduce de sus términos, a la oponibilidad de los pactos frente a terceros, sea la propia sociedad o sea el tercer adquirente de las acciones o participaciones, singularmente en los casos en que existe identidad subjetiva entre los firmantes del pacto y los miembros de la sociedad, o respecto al enforcement de los pactos que habitualmente ha sido una cuestión que ha preocupado a los firmantes de los mismos, y respecto al cual se analizan detenidamente las distintas construcciones que se han avanzado al respecto, entre las que destaca la posibilidad de que el pacto y su cumplimiento se configuren como contenido de una prestación accesoria.

Entre los aspectos más concretos es de resaltar el análisis que de los tipos de pactos se hace en los últimos capítulos. En primer lugar, tiene gran interés el capítulo destinado al estudio de los protocolos familiares, de gran tradición en nuestras pequeñas y medianas empresas familiares pero también de gran complejidad jurídica, lo que exige analizar con atención el contenido de los mismos y los medios de publicidad que permite el RD 171/2007, en especial la posibilidad de su depósito en el Registro Mercantil y la inscripción de acuerdos sociales que tengan su causa en el protocolo familiar.

Mención aparte merece, en segundo lugar, el detallado estudio que de los pactos parasociales en la sociedad cotizada se hace por el autor. La gran significación que los pactos de sindicación alcanzan en estas sociedades para poder mantener el control o la estabilidad de la empresa y los numerosos interrogantes que su regulación plantea exigían realizar un tratamiento pormenorizado de esos pactos, lo que se lleva a cabo de forma minuciosa, deteniéndose especialmente en la relación entre los pactos de socios y la obligación de formular OPA cuando se alcanza el control.

Y algo semejante sucede respecto a los pactos para el órgano de administración, cuya importancia es indudable pero cuya admisibilidad es discutible y discutida, y a cuyo análisis se dedica el capítulo final del libro con

apoyo en la doctrina científica y jurisprudencial de los países de nuestro entorno, además —por supuesto— del nuestro.

Este breve repaso a algunos de los temas que en la obra se tratan viene a corroborar que el estudio de todas esas materias resultaba de indudable interés y de plena actualidad cuando le hice la sugerencia al autor para que las estudiara y sigue siéndolo en la actualidad, puesto que la polémica sigue abierta respecto a muchas de las cuestiones que en el libro se examinan.

Creo, pues, que el libro no requiere de más presentación, dado que, con lo dicho, el lector puede hacerse una idea cabal de lo sugerente de la obra y de la necesidad de proceder a una lectura reposada de la misma, ya que aunque algunas de las soluciones propuestas puedan no ser compartidas, lo cierto es que todas ellas se han expresado con el suficiente rigor y fundamento como para ser tenidas en cuenta, aunque sea para rebatirlas; y tampoco creo que el autor requiera de presentación alguna, puesto que ya es sobradamente conocido en el ámbito académico por sus trabajos anteriores que se extienden a distintos sectores de nuestra disciplina, desde el Derecho concursal, al que ha dedicado numerosos estudios, al Derecho de contratos o al de Sociedades al que últimamente ha prestado mayor atención y sobre el que también ha hecho valiosas aportaciones.

Acabo, pues, este pequeño prólogo, felicitando muy sinceramente a Javier MARTÍNEZ ROSADO por el buen trabajo realizado, que viene a sumarse a todos los anteriores, y que no hace más que dar testimonio de su buen hacer como universitario.

Decía al principio que había aceptado de buen grado la encomienda que me hizo el autor. Una encomienda que no es una carga sino una satisfacción al comprobar la talla intelectual alcanzada por el profesor MARTÍNEZ ROSADO. A lo largo de los años transcurridos desde que le conociera como brillante alumno de licenciatura, primero, y luego como doctorando que obtuvo el premio extraordinario de doctorado por su excelente tesis, he ido comprobando cómo el profesor MARTÍNEZ ROSADO ha ido evolucionando tanto en el plano científico y académico como en el personal, alcanzando una madurez científica de la que ha dado pruebas suficientes en los distintos trabajos publicados desde ya aquel lejano 2002 en que leyó su tesis doctoral.

Creo, pues, que no me equivocaba cuando en el prólogo de su obra sobre la compraventa de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso manifestaba que aquella «era solo el preludio de una brillante carrera académica dada su acreditada pericia investigadora y sus magníficas cualidades docentes», y buena muestra de ello es el libro que el lector tiene ahora en sus manos.

Madrid, enero de 2017

Carmen ALONSO LEDESMA
Catedrática de Derecho Mercantil

Introducción

El trabajo que el lector tiene en sus manos ha sido publicado mucho más tarde de lo que le hubiera gustado al autor. A sugerencia de la profesora ALONSO LEDESMA, comencé el estudio de los pactos parasociales en el verano de 2010, estudio que se benefició de una beca José Castillejo (ref. JC2010-0018) para realizar una estancia de investigación en el *Institut for Global Law and Policy* de la Universidad de Harvard (octubre 2010-enero 2011). Tras la misma el trabajo siguió «engordando» debido a la avalancha de publicaciones científicas y de resoluciones jurisdiccionales sobre el tema, todo ello con una dedicación que pasó a ser intermitente por diversos motivos que no vienen al caso. Además, el ámbito del trabajo también se ha ido ampliando, ya que inicialmente no contemplaba la posibilidad de redactar un capítulo sobre los pactos parasociales en las sociedades cotizadas ni otro sobre los pactos que tengan por objeto el órgano de administración. De hecho, en varios momentos quien escribe pudo optar por la publicación de partes del trabajo con cierta sustantividad, y ocasiones no faltaron, pero desde hace tiempo adopté la decisión de publicar una monografía sobre los pactos parasociales aun a costa de la dilación que ello iba a suponer en lo que a la publicación se refiere.

Pasando a lo que es la monografía en sí, pocos sectores de nuestro ordenamiento han sufrido tantos cambios legislativos en las últimas décadas como el Derecho de sociedades. Dentro de este destaca un tema que, curiosamente, no tiene naturaleza estrictamente societaria pero guarda una íntima conexión con ella: los llamados *pactos parasociales*. Estos últimos, en efecto, vienen suscitando muchos problemas desde hace ya más de un siglo que ni las innumerables aportaciones doctrinales, ni las jurisprudenciales, ni los avances legislativos, han conseguido aplacar. Sirva como botón de muestra que en aquel sector en el que, precisamente, nuestro legislador se ha detenido a establecer una regulación, la de los pactos parasociales en la sociedad cotizada, la problemática dista mucho de tocar a su fin.

Y es que la fuerza de los hechos ha obligado a los juristas y al legislador a ocuparse de estos pactos. Sin entrar en debates sobre la mayor o

menor flexibilidad que presentan los tipos societarios más utilizados en nuestro país, la SA y la SRL, lo cierto es que los socios se ven obligados a reglamentar con frecuencia aspectos que no es posible incluir en los estatutos sociales o que, aun siéndolo, prefieren no hacerlo en dicha sede por guardar discreción sobre los mismos. Apoyados en la autonomía de la voluntad, aquellos modalizan, completan o integran la normativa societaria, adaptándola a sus peculiares necesidades.

Esta necesidad de adaptar, completar, integrar o modalizar los estatutos sociales o, si se prefiere, la normativa societaria, a las particulares circunstancias de los socios es tal que los pactos parasociales no son privativos de nuestro país. Al contrario, el examen del Derecho comparado muestra que los mismos problemas, si no en un grado mayor, se plantean en otros países, y en todos ellos se observa una evolución similar: a lo largo del siglo xx se ha ido pasando de los debates sobre su validez, ya admitida generalmente a mitad de siglo, al de los límites a su eficacia y, en concreto, a los límites frente a terceros. Es más, entre el heterogéneo listado de terceros destacan dos por su importancia. En primer lugar, el tercero por antonomasia: el tercer adquirente. Este, en efecto, no debe quedar afectado por ningún pacto parasocial, pero veremos que hay quien afirma que sí lo podría estar en el caso de las sociedades cotizadas (siempre que el pacto se publicite como prevé la ley). También se plantea un problema en los casos en que se entienda que es posible configurar el cumplimiento del pacto parasocial como contenido de una prestación accesoria. De sostenerse esta posibilidad, en efecto, habrá que concluir que el pacto parasocial, por vía indirecta —vía prestación accesoria— será oponible al tercer adquirente o subadquirente de las acciones. Pero, en segundo lugar, los mayores debates se han centrado en la oponibilidad del pacto frente a la propia sociedad en los supuestos en que existe identidad subjetiva entre los miembros de esta y quienes suscribieron aquel. En este caso, buena parte de la doctrina en nuestro país va admitiendo la oponibilidad del contenido del pacto a la sociedad, lo que permitiría impugnar un eventual acuerdo social adoptado en contravención del pacto parasocial. Es más, lo que se discute es el cauce que permitirá dicha impugnación.

El presente trabajo se estructura en siete capítulos. En el primero de ellos se ofrece una visión general de los pactos parasociales: su definición, características principales, finalidad con que se establecen y regulación legal, tanto en nuestro país como en el extranjero. En este último punto únicamente ofrecemos una panorámica de la misma, sin entrar en detalles, que se dejan para un momento posterior.

En el segundo se avanzan unas notas sobre su naturaleza jurídica, imprescindible para poder entender el resto del trabajo. Tras señalar la cercanía —pero también las diferencias— con los negocios fiduciarios, se concluye que, cuando tienen eficacia jurídica, constituyen auténticos contratos, contratos que en la mayoría de los casos establecen una sociedad —interna— entre los socios, constituyendo así una suerte de «so-

ciudad dentro de la sociedad» o *doppelgesellschaft*, como se ha afirmado en Alemania.

El tercer capítulo, de cierta extensión, se centra en la validez y eficacia *inter partes* de los pactos parasociales. En él hemos optado por comenzar comentando dos modelos que nos parecen paradigmáticos en lo que a la evolución de los pactos se refiere: el italiano y el estadounidense, ya que en ambos existe un excelente acervo doctrinal y jurisprudencial que refleja perfectamente la evolución que ha tenido esta materia, evolución que en ambos casos ha cristalizado en una cierta regulación jurídica de los pactos parasociales, regulación que incluso en Estados Unidos ha avalado la validez y eficacia frente a la sociedad de los llamados pactos omnilaterales (los suscritos por todos los socios), siempre que se cumplan determinados requisitos. Tras ello, me ocupo —presupuesta asimismo la validez de los mismos— de los límites con que se topan en nuestro ordenamiento y, en especial, por lo que se refiere a la ley y a los llamados principios configuradores del tipo. El tercer gran bloque dentro de este capítulo se refiere a los remedios en caso de incumplimiento. Evidentemente, la naturaleza contractual del pacto parasocial hace que sea plenamente admisible la inclusión de una cláusula penal que cuantifique los daños en caso de incumplimiento. Pero mayores problemas plantea la acción de cumplimiento *in natura* del pacto en el supuesto frecuente de los llamados sindicatos de voto, principalmente por la dificultad de suplir en la junta general la declaración de voluntad del socio que incumple la disciplina de voto impuesta en el pacto parasocial. Por ello, como veremos, los debates se han ido derivando hacia la admisibilidad de las medidas cautelares. En todo caso, en sede de sociedades de responsabilidad limitada, el RD 171/2007 introdujo una posibilidad que, de manera indirecta, posibilita una mayor eficacia «societaria» a los pactos parasociales: la posibilidad de recoger en los estatutos sociales que la asistencia del representado a la junta no tenga valor de revocación de la representación.

Todo lo anterior explica que el *enforcement* de los pactos parasociales haya preocupado a los firmantes de los mismos y que no se haya intentado y se siga intentando acudir a otros mecanismos para lograr el mismo. Entre estos, destaca en mi opinión la posibilidad de configurar la suscripción y el cumplimiento del pacto parasocial como contenido de una prestación accesoria. De ahí que dediquemos un apartado a este tema al final del capítulo tercero.

El capítulo cuarto se centra en la eficacia del pacto frente a terceros. Para ello, comenzamos haciendo una referencia al concepto de tercero para distinguir, a continuación, entre la eficacia —o la pretendida eficacia— frente a los terceros adquirentes o subadquirentes de las acciones o de las participaciones sociales y la propia sociedad, a la que ya me he referido. Evidentemente, en este capítulo no podía faltar un estudio expreso de la eficacia (u oponibilidad) de los llamados pactos omnilaterales, al que prestamos mayor atención.

En los capítulos quinto y sexto se analiza la regulación positiva que, sobre estos pactos, existe en nuestro país en dos ámbitos concretos. En primer lugar, sobre los llamados protocolos familiares, pactos parasociales cuyo establecimiento es muy frecuente sobre todo en empresas de pequeño y mediano tamaño, y a los que el RD 171/2007 ha permitido diversas vías de publicidad que llegan incluso al depósito en el Registro Mercantil y a la posibilidad de que se inscriba la mención de que un determinado acuerdo ha sido adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado. Y en segundo lugar, sobre los pactos que tienen lugar en el marco de las sociedades cotizadas, pactos que, en tanto pueden afectar a la estructura de propiedad de la sociedad y a la liquidez de la compañía, el legislador ha estimado conveniente obligar a que sean objeto de publicidad. No obstante, a pesar de que hace ya más de una década que se promulgó dicha regulación en la llamada *Ley de Transparencia*, que hoy ha pasado a los arts. 530 a 535 LSC, si hay una materia que sigue resistiéndose a ser pacífica en las sociedades cotizadas es la de los pactos parasociales.

Finalmente, he optado por incorporar al trabajo un capítulo expreso sobre un tipo de pactos parasociales que ha suscitado ciertos debates —aún inconclusos— sobre su validez: aquellos que tienen por objeto el órgano de administración, ya se refieran al nombramiento de sus miembros, el ejercicio de sus funciones, la adopción de acuerdos en caso de que exista un consejo de administración, etcétera.

Por último, es mi deseo finalizar esta Introducción agradeciendo a la profesora ALONSO LEDESMA su atención y dedicación durante todos estos años, así como a la editorial Marcial Pons por la confianza depositada con la publicación de la presente monografía, en particular el profesor EMPARANZA.

Capítulo I. *Los pactos parasociales: cuestiones generales*

SUMARIO: 1. DEFINICIÓN Y FINALIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES.—2. CARACTERÍSTICAS: 2.1. Ámbito subjetivo. 2.2. Independencia respecto al contrato y los estatutos sociales. 2.3. Libertad de forma.—3. CONTENIDO Y CLASES.—4. REGULACIÓN LEGAL: 4.1. Derecho comparado: 4.1.1. Países continentales. 4.1.2. Países anglosajones. 4.1.3. Países latinoamericanos. 4.2. Derecho español: 4.2.1. Derecho vigente. 4.2.2. Derecho proyectado. 4.3. Conclusiones.

1. DEFINICIÓN Y FINALIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES

A la hora de definir pacto parasocial debe partirse de la base de que estos pactos no se encuentran regulados con carácter general ni en nuestro Derecho ni en el de otros países, faltando una definición legal de los mismos. Es cierto que nuestra LSC se refiere a ellos en su art. 29, pero la lacónica afirmación que realiza («los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad»), si bien es indudable que está contemplando esta clase de pactos y nos pone sobre la pista de sus notas caracterizadoras (partes del mismo, ineficacia frente a la sociedad), resulta claramente insuficiente a estos efectos, ya que omite muchas de sus características esenciales, como enseguida veremos.

No obstante lo anterior, también es cierto que contamos con alguna definición sectorial y con alguna que otra mención legal, pero ni una ni otra resultan idóneas. Aquella se contiene en el *RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares* (en adelante, el RD 171/2007), pero en tanto la definición se ciñe a una determinada clase de pactos parasociales (los denominados «protocolos familiares») y se ofrece a los solos efectos de la norma que la contiene, no puede hacerse extensiva a los demás pactos¹. En cuanto a las menciones que la norma-

¹ En concreto, el art. 2.1 define los protocolos familiares como el «conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares res-

tiva de nuestro país realiza a los pactos, su no idoneidad a los efectos de servir para definir a los pactos parasociales se debe a que se refieren asimismo a determinadas clases de pactos, o a los pactos en general, pero en ningún momento ofrecen una definición de los mismos².

Por todo ello, han sido los estudiosos de esta materia quienes han ido ofreciendo sus respectivas definiciones, por lo demás en gran parte coincidentes. Conforme a las mismas, los pactos parasociales pueden definirse como aquellos acuerdos celebrados entre todos o algunos de los socios entre sí, o entre todos o algunos socios y terceros³, con el fin de integrar, completar o modificar algunos aspectos de la vida social al margen de lo dispuesto en el contrato fundacional. Son pactos formal y materialmente independientes del contrato de sociedad, en el sentido de que únicamente producen relaciones obligatorias entre quienes los suscriben, pero se encuentran funcionalmente conectados a la sociedad⁴.

También se ha referido a ellos el TS, si bien de una manera más escueta, afirmando que mediante los pactos parasociales «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»⁵, y la «pequeña jurisprudencia»,

pecto de una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad».

² Por ejemplo, el art. 530.1 LSC se refiere a los pactos que «incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones» en el marco de las sociedades cotizadas.

³ Como veremos más adelante, el concepto de «tercero» es muy amplio, comprensivo de cualquier persona que no tenga la condición de socio (familiares, sociedades pertenecientes al mismo grupo, administradores, potenciales administradores de la sociedad, acreedores, etc.). Es más, cabe incluso que el pacto tenga trascendencia para la sociedad (sea, por tanto, «parasocial») y no sea siquiera celebrado por ningún socio, como veremos en el capítulo VII al tratar de los sindicatos de voto para el órgano de administración (por ejemplo, el pacto celebrado entre varios administradores y un acreedor por el que aquellos se comprometen a respetar determinadas indicaciones de este último), o como puede suceder si, en caso de obligaciones convertibles en acciones, los obligacionistas celebran un pacto en consideración a su posible condición futura de socios.

⁴ C. ALONSO LEDESMA, *Voz «Pactos parasociales»*, en AAVV, *Diccionario de Derecho de sociedades*, C. ALONSO LEDESMA (dir.), Madrid, Iustel, 2006, p. 853. De manera muy similar, C. PAZ-ARES, «El enforcement de los pactos parasociales», en http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n5/03Candido.pdf, 2003, p. 11, señala que su objeto es «completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen dichas relaciones», y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Voz «Pacto parasocial»*, en AAVV, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Madrid, Civitas, 1995, p. 4712: están «destinados básicamente a integrar o modificar la disciplina legal o estatutaria en aquellos aspectos de la relación jurídico-social en que los firmantes del pacto se ven directamente afectados».

⁵ SSTs de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009/2794), FD Segundo, y de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016/635), FD Noveno. En términos muy similares, STS de 3 de noviembre de 2014 (RJ 2014/5870), FD Quinto, apdo. 2.