JORGE FELIU REY

LOS PACTOS PARASOCIALES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL NO COTIZADAS

Prólogo de
María José Morillas Jarillo

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

ÍNDICE

Pág.

PRÓLOGO 7

AGRADECIMIENTOS 13

ABREVIATURAS 15

INTRODUCCIÓN 19

PARTE I

DE LA NULIDAD A LA VALIDEZ DE LA EFICACIA A LA INFLUENCIA DE LA VISIBILIDAD A LA OPONIBILIDAD

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

I. LOS PACTOS RESERVADOS: SU REGULACIÓN EN LOS CÓDIGOS DE COMERCIO 31

II. LOS PACTOS RESERVADOS EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1951 35

III. LA APARICIÓN DEL TÉRMINO PACTO PARASOCIAL 36

IV. LOS DEBATES EN LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN 40

V. LOS PACTOS RESERVADOS CONFORME A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1989 Y LA LEY DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE 1995 42

VI. EL FLORECIMIENTO DE LOS PACTOS PARASOCIALES 44

VII. LA SEPARACIÓN RADICAL ENTRE EL PACTO PARASOCIAL Y EL CONTRATO SOCIAL 48

VIII. EL *ENFORCEMENT* DEL PACTO PARASOCIAL. DE LOS MECANISMOS CONTRACTUALES A LOS SOCIETARIOS: LA OPONIBILIDAD DEL PACTO A LA SOCIEDAD 50

Pág.

CAPÍTULO II

LA VISIBILIDAD NORMATIVA DEL PACTO PARASOCIAL COMO CONSECUENCIA DE SU INFLUENCIA EN EL CONTROL DE LA SOCIEDAD

I. INTRODUCCIÓN 55
II. LA VISIBILIDAD NORMATIVA DE LOS PACTOS PARASOCIALES EN EL ORDENAMIENTO ESTADOUNIDENSE TRAS LA CRISIS DEL 29 58
III. NORMATIVA COMUNITARIA QUE DA VISIBILIDAD A LOS PACTOS POR RAZÓN DE SU INFLUENCIA 60
IV. LA VISIBILIDAD NORMATIVA DE LOS PACTOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL 64
V. VISIBILIDAD A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES. LA LEY DE TRANSPARENCIA 70

CAPÍTULO III

LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES A TRAVÉS DE NUEVAS REGULACIONES. EN CONCRETO, EL PROTOCOLO FAMILIAR Y SU INCIDENCIA EN EL *ENFORCEMENT* SOCIETARIO DE LOS PACTOS PARASOCIALES

I. INTRODUCCIÓN 75
II. LEY DE LA SOCIEDAD LIMITADA DE LA NUEVA EMPRESA POR LA QUE SE MODIFICABA LA LEY 2/1995, DE 23 DE MARZO, DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA..... 76
III. LEY 2/2007, DE 15 DE MARZO, DE SOCIEDADES PROFESIONALES (EN ADELANTE LSP) 83
IV. REAL DECRETO 17/2007, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA LA PUBLICIDAD DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES 87

1. Breve introducción 87
2. El Protocolo familiar y los pactos parasociales..... 91
3. La apertura del Registro 94
4. La publicidad del Protocolo familiar..... 96

A. Motivos de la publicidad 96
B. Principios de la publicidad y sujetos legitimados..... 98
C. Sistemas de publicidad conforme al RD..... 102

a) Constancia registral de los protocolos..... 102
b) Protocolo familiar en la presentación de las cuentas anuales (art. 6)..... 103
c) Inscripción registral de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo (art. 7)..... 105

D. Publicidad del Protocolo y diferencia en los efectos de la publicidad de cada uno de los supuestos contemplados..... 106

Pág.

E. Otras consideraciones 108

5. Los pactos parasociales y el régimen fiscal de las empresas familiares 109

CAPÍTULO IV

RENOVADO PROTAGONISMO DE LOS PACTOS PARASOCIALES Y POSIBLE NUEVA REGULACIÓN

I. LAS EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA (EBTS) 113
II. ESTATUTOS TIPO DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA 119
III. POSIBLE NUEVA REGULACIÓN. EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL 120

PARTE II

EL PACTO PARASOCIAL COMO CONTRATO: RÉGIMEN JURÍDICO Y PRINCIPALES CAUSAS

CAPÍTULO V

RÉGIMEN JURÍDICO

I. INTRODUCCIÓN 125
II. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA 126

1. Características: Autonomía y accesoriedad 126
2. Naturaleza jurídica: El pacto parasocial es un contrato 131

III. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS 133

1. Los Pactos Sociales 134

A. El criterio formal 136
B. El criterio de la voluntad 139
C. El criterio de la «dirección del vínculo» 140
D. El criterio de la «compatibilidad con el tipo» 141
E. El contenido organizativo 142
F. La naturaleza de los intereses regulados 143

2. Reglamentos internos: Reglamento de la Junta General y del Consejo 144
3. Contrato de *Joint Venture* 147
4. Protocolo familiar 148

IV. ELEMENTO SUBJETIVO 149

1. Los socios 149
2. La sociedad 151
3. Los administradores 155

A. Modelo Restrictivo: el Derecho español 157

Pág.

B. Modelo Permisivo: el Derecho estadounidense 163

4. Otros terceros 172

V. FORMA 173
VI. CLASIFICACIÓN 175
VII. VALIDEZ 177

1. La validez de los pactos parasociales a la luz del Derecho de sociedades conforme al art. 1.255 del Código Civil 180
2. Análisis de validez de los pactos parasociales a la luz del Derecho de sociedades, mediante la ruptura de los principios de relatividad e inoponibilidad 186
3. La aplicación de los límites societarios no como cuestión de validez sino de eficacia 188
4. La validez del pacto parasocial a la luz del interés social y del deber de lealtad de los socios 189
5. Conclusión: De vuelta a la distinción entre pactos reservados y pactos parasociales a los efectos de validez 195

VIII. TERMINACIÓN DEL PACTO PARASOCIAL 197

1. Duración 197
2. Otros Supuestos de Terminación 199

A. Común acuerdo 200
B. Extinción de la sociedad 200
C. Denuncia unilateral con preaviso 200
D. Bloqueo 201
E. Incumplimiento del pacto 201
F. Cotizar en un mercado regulado 201
G. Previsión convencional de otras causas de terminación 202

IX. FUNCIONES 202

1. Regulación: intereses de los socios 202
2. Función interpretativa 203
3. Función de protección frente a la opresión 204

X. CONCEPTO 206

CAPÍTULO VI

REDACCIÓN Y CLÁUSULAS PRINCIPALES

I. INTRODUCCIÓN 207
II. REDACCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CONTRATO 208
III. PRINCIPALES CLÁUSULAS 211

1. Definiciones 212
2. Objeto del Contrato 213
3. Cláusula de Vigencia del Contrato 213
4. Cláusulas Relacionadas con la Constitución y Organización Social 214

Pág.

5. Cláusula relativa a la incorporación e incompatibilidad con los estatutos 214
6. Cláusulas que modifican o condicionan el derecho de suscripción o adquisición preferente 216

A. Pactos de exclusión individual del derecho de suscripción preferente 216
B. Pactos de exclusión y de reconocimiento del derecho de adquisición preferente 217

7. Cláusulas Antidilución 218

A. Pactos de aportación forzosa (*Pay to play*) 219
B. Derecho de Suscripción Preferente. Prima de Emisión 220

8. Cláusulas relacionadas con la transmisión de acciones o participaciones 221

A. Cláusulas restrictivas de la transmisión 222
B. Trasmisión Indirecta 223
C. Derechos de Arrastre y de Acompañamiento 224

a) Derecho de arrastre (Drag-along right) 225
b) Derecho de acompañamiento (*Tag-along right*) 226

D. Acuerdos de Compraventa Forzosa (*Buyouts agreements*) 228
E. Opción de compra y/o venta (*Put and call options*) 231
F. Derecho a mejor fortuna 231
G. Vinculación de los nuevos socios al pacto parasocial 232

9. Cláusulas relativas al Funcionamiento y Organización de la Sociedad 232

A. Derechos y Obligaciones de los Socios 232
B. Derecho de información 233
C. Junta General 234
D. Órgano de Administración 235

10. Cláusulas de Permanencia 236
11. Cláusula de no Competencia 237
12. Cláusula de Confidencialidad 237
13. Disputas y Situaciones de Bloqueo 237
14. Cláusulas relacionadas con mecanismos de desbloqueo (*Deadlock- breaking device*) 240

A. Mecanismos de Resolución de Conflictos 241

a) «*Gin and tonic clause*» 241
b) *Decisión de un experto* 241
c) Mediación o Conciliación 242
d) Arbitraje 243
e) «Procedimientos de escala» o «procedimientos en cascada» 244

B. Mecanismos de terminación 244

Pág.

a) Opción de compra y/o venta (*Put and call option*) 244
b) Ruleta rusa (*Russian roulette or shot-gun*)..... 246
c) *Texas shoot-out* 247
d) Pacto andorrano o *Dutch auction* 248
e) Multiopción (*Multi-choice realisation procedure*) 248
f) Otros mecanismos 248
g) Disolución 249

15. Garantías y Remedios Contractuales..... 249
16. Cláusula de Notificaciones 250
17. Cláusula de Validez 251
18. Cláusula de elevación a público del pacto parasocial 252
19. Cláusula referente a la ley aplicable y a la Jurisdicción Competente 252

PARTE III

EL CUMPLIMIENTO DEL PACTO PARASOCIAL EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL NO COTIZADAS

INTRODUCCIÓN 257

CAPÍTULO VII

REMEDIOS LEGALES GENERALES ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL PACTO

I. INTRODUCCIÓN 259
II. REMEDIOS LEGALES GENERALES CONTRACTUALES 259

1. Acción de cumplimiento 260

A. La acción de cumplimiento en el ordenamiento jurídico español..... 260
B. La *specific performance* del *Common Law* 263
C. La *specific performance* desde el análisis económico del Derecho 268
D. Las orientaciones del Derecho uniforme 273

2. Cumplimiento forzoso o ejecución forzosa 280
3. La acción de cumplimiento y la ejecución forzosa de los pactos parasociales. Supuestos concretos 286

A. Obligaciones de no competencia..... 287

a) Deshacer lo mal hecho..... 290
b) Indemnizar los daños y perjuicios 291
c) Abstenerse de reiterar el quebrantamiento 292

B. Limitaciones convencionales a la transmisión de participaciones o acciones..... 293

a) Pacto suscrito por algunos socios 295
b) Pacto suscrito por todos los socios 300

Pág.

C. Derechos de acompañamiento y arrastre 301

a) Derecho de arrastre (*drag-along right*)..... 301
b) Derecho de acompañamiento (*tag-along right*)..... 302

D. Establecimiento de quórum y mayorías reforzadas 304
E. Acuerdos de voto 305

a) Obligaciones de hacer: la emisión de una declaración de voluntad como obligación no personalísima 308
b) Sindicato de voto suscrito por algunos socios 313
c) Sindicato de voto suscrito por todos los socios 316
d) La medida ejecutiva del art. 708 de la LEC en el supuesto concreto de emisión de voto 317
e) La *specific performance* de los acuerdos de voto en el Derecho norteamericano 319

F. Prestación de servicios y/o colaboración 325

4. Indemnización de daños y perjuicios 328
5. Resolución 335

III. REMEDIOS LEGALES SOCIETARIOS 350

1. Impugnación de acuerdos sociales 350

A. La naturaleza jurídica del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales 351
B. El criterio jurisprudencial 352
C. El criterio doctrinal 357

IV. POSIBILIDAD DE ACUMULAR LAS ACCIONES DE CUMPLIMIENTO Y DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES 363

CAPÍTULO VIII

MECANISMOS CONTRACTUALES Y SOCIETARIOS

I. INTRODUCCIÓN 365
II. MECANISMOS CONTRACTUALES 366

1. Cláusula penal. Régimen Jurídico, clases y funciones. Su posible ejecutividad 367

A. Definición, precisión terminológica, y regulación 368
B. Características 369
C. Funciones o efectos de la cláusula penal 370

a) Efectos cuando se estipula la cláusula penal 371
b) Efectos cuando se produce el incumplimiento 372

D. Modalidades de la pena 373

a) Pena sustitutiva o liquidatoria 373
b) Pena cumulativa 375
c) Pena facultativa 377

Pág.

d) Pena moratoria 378

E. Forma 379
F. Naturaleza de la prestación 382
G. Efectividad de la cláusula penal 386

2. La prenda. Del pacto comisorio al pacto marciano 391
3. Opción de compra (o venta) como medio de exclusión (o separación) del socio 400

A. Participaciones sociales 404
B. Acciones 405

a) Títulos no impresos o no entregados 405
b) Títulos impresos 406

4. Otras garantías 408

A. Fianza 408
B. Garantía autónoma o independiente: Garantía a primer requerimiento 413

III. MECANISMOS SOCIETARIOS 419

1. Prestaciones accesorias 420

A. El incumplimiento de la prestación accesoria como causa estatutaria de disolución 422
B. El incumplimiento de la prestación accesoria como causa de exclusión del socio 425
C. El cumplimiento del pacto parasocial como objeto de la prestación accesoria 425

a) Publicidad 426
b) Especialidad 427
c) Consentimiento 428

2. El incumplimiento del pacto parasocial como causa de exclusión o separación 432

A. Causa de separación 433
B. Causa de exclusión 436

BIBLIOGRAFÍA 441

PRÓLOGO

Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas *es el fruto de la revisión de la tesis doctoral del mismo título que dirigí, defendida, de forma brillante, por Jorge* Feliu Rey *en la Universidad Carlos III de Madrid, el 20 de diciembre de 2011 y que obtuvo la máxima calificación. Tengo que agradecerle esta nueva deferencia, pedirme que la prologue. Aceptar es cosa que hago con gusto, por la calidad del trabajo y la cualidad de su artífice: a lo largo de estos años, he tenido la oportunidad de conocerle, de constatar su valía intelectual y personal, y de contagiarme de su entusiasmo.*

Es el autor, me atrevería a decir, una rara avis *(pero no un pájaro) en el panorama universitario español, porque ha seguido la senda, pero a la inversa, que conecta la Facultad de Derecho y el ejercicio de la profesión. Son los años de experiencia como abogado los que le ponen en contacto con la realidad analizada en esta monografía. Un tema de la práctica será la materia que, recorrido el camino de vuelta a la Universidad, elija Jorge* Feliu *como objeto de estudio y de profundización. La Universidad, como el teatro, siempre en crisis, sigue o debe seguir siendo lugar hábil para la reflexión sosegada, la discusión y el debate, el contraste de ideas, alejado de la inmediatez y la premura que exige casi siempre el ejercicio de la Abogacía. Y sé que la Universidad Carlos III, en la que se formó como licenciado, graduado y doctor, ha sido el escenario perfecto, porque en él ha encontrado el apoyo institucional para enriquecedoras estancias en prestigiosos centros de investigación nacionales y extranjeros, los envidiables medios materiales, el enriquecedor punto de vista de sus compañeros –también, de nuevo, los míos-, sobre todo, los del Departamento de Derecho privado, en cuyas áreas de Derecho civil y Derecho mercantil cuenta, de forma especial, con valiosas personas de referencia.*

La suya fue una tesis «vivantiana», pues el autor cumplió escrupulosamente los pasos que el maestro italiano marcó en el Prólogo de la quinta

edición de su Trattato di Diritto Commerciale, *allá por 1922, donde resumía los consejos que, en cuanto a las materias para sus disertaciones, daba a los estudiantes y a los estudiosos, palabras que, como bien apostillaba, no son siempre sinónimas: no aventurarse nunca en ningún tema jurídico sin conocer a fondo la estructura técnica y la función económica de la institución; recopilar en las bolsas, bancos, agencias, sociedades mercantiles y tribunales de justicia el material necesario para entender dichas estructuras y funciones; seguir su línea de evolución, diferenciándolo de los institutos afines; aprovechar el conocimiento práctico e histórico para someter a crítica las fuentes jurídicas, como las leyes o la jurisprudencia; no comenzar a escribir hasta haber recompuesto todo el argumento en la propia mente; y, al hacerlo, tomar como punto de partida la última palabra a la que hubieran llegado los investigadores precedentes, nacionales o extranjeros, porque la literatura jurídica en materia mercantil progresa sincrónicamente en todos los países de nuestro entorno cultural; última exhortación en la que insistía, porque consideraba que las repeticiones constituyen el más penoso estorbo que se encuentra en la vía de los estudios jurídicos «y no se debe aumentar la mole ya enorme». Es también, no podía ser de otra forma, una tesis muy al estilo de la Escuela de* Garrigues*, por el fondo, pues trata sobre un «tema de Derecho vivo», y por el método, ya que la preocupación por aprehender la realidad de la práctica societaria, para ordenarla, sistematizarla, comprenderla y, en definitiva, domesticarla, es marcada y enriquece el resultado del trabajo.*

Por su trayectoria profesional, el interés de Jorge Feliu Rey *por el estudio del Derecho mercantil, necesariamente había de proyectarse sobre el Derecho de sociedades: viendo a la sociedad de capital a través del espejo, en la tesis se propuso analizar la rica práctica parasocial con la que había tomado contacto en su trabajo de asesoramiento jurídico de importantes entidades de capital-riesgo, y contrastarla con la legislación aplicable y las resoluciones, judiciales (de todos los órdenes y grados), del Tribunal Constitucional, de la Dirección General de los Registros y del Notariado o hasta de la de Tributos, recaídas al hilo de la resolución de los no pocos problemas interpretativos que se han planteado, renombrados muchos de ellos. Aunque sea un poco como destripar el final de una buena película, nos parece que, al igual que la obra de Lewis* Carroll *ponía de manifiesto, del* common sense *hemos pasado al* non sense *también en este reflejo de la legislación sobre sociedades, proyectada sobre el espejo de la realidad societaria.*

La dificultad del trabajo estriba en el carácter in fieri *de la institución estudiada, y en la amplitud de la materia, en sí y por sus ramificaciones, que obligan al manejo de normas y conceptos pertenecientes a buena parte del Derecho privado patrimonial. Por esta razón, el propio autor es comedido en el tratamiento de algunas materias y, cuando se ocupa de otras, señala que merecerían una investigación propia e independiente. De esta forma, la monografía es, también, sugestiva y germinal.*

El minucioso recorrido por la legislación va desde los antecedentes remotos de la prohibición legal de los pactos reservados y las discusiones de la época codificadora y del pasado siglo, al hilo de los trabajos prelegis-

lativos que dieron lugar a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y a la de Limitadas de 1953, hasta las últimas reformas legales, con particular detenimiento en la introducida por la Ley de Trasparencia de 2003, que impone la publicidad extrarregistral (comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, publicación como hecho relevante) y el depósito en el Registro Mercantil de ciertos pactos entre accionistas de sociedades cotizadas; y en el voluntario régimen de inscripción registral de los protocolos familiares, hábiles para contener pactos parasociales, contenido en el Real Decreto 17/2007, de 9 de febrero. Estudio que se completa con el que el autor denomina «el renovado protagonismo» de los pactos parasociales en el seno de los estatutos tipo de la sociedad limitada y en las entidades de base tecnológica (EBTs) universitarias.

En cuanto a estas últimas, asistimos a una proliferación normativa, no diremos sin precedentes, que conforma un marco legal disperso y heterogéneo, integrado por las normas dictadas por las Universidades en ejercicio de su autonomía (parece que no hay otra forma de autoafirmar la existencia), que no sólo fomentan sino que incluso imponen la conclusión de pactos parasociales. Estudiados normalmente bajo la óptica de su empleo en beneficio de la Universidad, se podría adoptar el punto de vista opuesto y plantear los problemas que, en la práctica, se suscitan por el juego de la aplicación de la regulación estatal o autonómica de Universidades o los mismos estatutos de éstas, de la legislación sobre el patrimonio de las Administraciones públicas o la de contratos del sector publico, cuando se pretende imponer a la Universidad, socia de la EBT, el cumplimiento del pacto parasocial o poner en práctica medidas ejecutivas de estos acuerdos que la involucren.

Además del Ordenamiento español, en esta obra se maneja, con la soltura que da el conocimiento, la legislación extranjera, con el útil complemento del Derecho uniforme de contratos, europeo e internacional. Se lleva a cabo un verdadero ejercicio de Derecho comparado, pues el autor no se limita a una mera comparación de Ordenamientos (junto al aleccionador, fresco e imprescindible Derecho norteamericano, otros, poco comunes, como el Derecho japonés; o, poco citados, como el Derecho colombiano), ni la cita se lleva a cabo como prurito exótico o mera tarea mecánica, sino que lo que se busca es analizar la virtualidad de la aplicación de las normas o criterios interpretativos foráneos, elegidos por la originalidad del enfoque o la utilidad de la solución que proporcionan en nuestro sistema jurídico, con lo que se aportan nuevas perspectivas a los temas debatidos.

La oportuna cita y el crítico análisis de las resoluciones judiciales, con particular detenimiento en las sentencias españolas y estadounidenses, son un indicio del firme propósito del autor de llevar a cabo un estudio completo y exhaustivo de los pactos parasociales e indicativo de la seriedad de la investigación emprendida. El general interés por conocer la jurisprudencia se acrecienta en esta materia, en la que, precisamente, antes que la legislación, son los tribunales quienes comienzan a admitir la oponibilidad a la sociedad de ciertos pactos parasociales, los suscritos por la totalidad de los socios. Esta línea interpretativa, sostenida antes por destacados autores, ha encontrado una obtusa

continuidad en el Real Decreto 17/2007, de 9 de febrero, en relación con los contenidos en el protocolo familiar publicado en el Registro Mercantil.

Los pactos parasociales son analizados, pero no se diseccionan como si de materia inerte se tratara: se observan y se estudian como algo vivo, desde el origen, esto es, pensando sobre su razón de ser, sobre la necesidad a la que atienden, sobre la causa de su aparición, la función que cumple hoy día cada uno de sus tipos, que se exponen de forma completa, buscando comprender su contenido, el propio y peculiar de cada clase de pacto (facilitar la salida del socio y hacer líquida su participación en la sociedad, evitar situaciones de bloqueo, etc.) y el común o accesorio (cláusulas de elevación a público, de garantías, de notificaciones, de validez, de arbitraje, etc.) y explicar sus efectos, sobre todo estos últimos, en el banco de pruebas del incumplimiento.

Es, precisamente, la relativa a las consecuencias de éste la que nos parece una de las partes más sugestivas de la obra, interés directamente proporcional al tiempo que el autor dedicó a esta compleja cuestión y al esfuerzo de comprensión y análisis que le supuso. El pormenorizado estudio de los mecanismos, contractuales, generales y especiales societarios, para desincentivar el incumplimiento o reprender sus consecuencias, que abarca los aspectos sustantivos y los procesales, es efectuado respecto de los pactos parasociales en conjunto y es referido, además, de forma particular, a los supuestos de concretos pactos (así, por ejemplo, la viabilidad del cumplimiento específico del sindicato de voto o las medidas ejecutivas de los pactos de no competencia), diferenciando, por último, el pacto suscrito por algunos, del firmado por todos los socios. Este trabajo lleva al autor a manejar conceptos y mecanismos básicos del Derecho de contratos, como la cláusula penal, y del Derecho de sociedades, como las prestaciones accesorias, de frecuente empleo ambas en los pactos parasociales.

Al hilo de este argumento, que se explora y desgrana de forma minuciosa, Jorge Feliu Rey *vuelve sobre un tema que subyace en la obra y sobre el que ya ha trabajado con anterioridad: el de la flexibilización del Derecho de sociedades. No en vano su tesina de doctorado, «La flexibilización del Derecho de sociedades a través de las cláusulas de disolución», leída en la Universidad Carlos III de Madrid el 28 de marzo de 2007, lo enunciaba como telón de fondo del análisis de las cláusulas de disolución, materia sobre la que también ha publicado otros interesantes trabajos (así, «La proyectada reforma del Derecho de sociedades en el Reino Unido:* Companies Bill*» y «La adopción de acuerdos por escrito y sin Junta»). Encontramos en esta monografía la crítica a reformas legales, pretendidamente flexibilizadoras del régimen de las sociedades, como las que crean la Sociedad Limitada Nueva Empresa y la Sociedad Profesional, en las que la autonomía de la voluntad es la moneda de cambio con la que pagar la celeridad y las facilidades en la constitución.*

Ciertamente, aunque se afirma como uno de los principios fundamentales del Derecho español, la libertad de pactos ha sido siempre vista con recelo por los mismos legisladores que la proclaman. A modo de ejemplo, no deja

de resultar sintomática la razón de fondo de la exclusión de la sociedad limitada como forma jurídica apta para el ejercicio de la actividad aseguradora. Mientras que el Real Decreto del 5 de enero de 1929 (publicado en la Gaceta de Madrid *núm. 6, de 6 de enero de 1929) dispuso que no se concedería la inscripción en el Registro más que a las sociedades cooperativas sin gestor, a las sociedades anónimas y a las sociedades de responsabilidad limitada, ya que «no debiera admitirse que el cumplimiento del contrato de seguros dependa de la vida del asegurador, como sucede en las entidades personales y en las Sociedades civiles y en comandita», poco más de dos años después, el 27 de junio de 1931 (*Gaceta de Madrid *núm. 190, de 9 de julio de 1931), el ministro Largo Caballero señaló que la autorización a las limitadas obedeció a un «error disculpable padecido por defecto de información» y, siguiendo las indicaciones de la Junta Consultiva de Seguros, decretó que no se admitieran como forma de sociedad para operar en la industria de seguros a esas compañías porque «la falta de definiciones y preceptos legales referentes a ellas, permite una libertad para que los propios fundadores decidan estructuras sociales que ninguna nación de mayor experiencia y de las que han legislado en la materia consienten en modo alguno. En los proyectos estudiados se intentaban pactos y condiciones que iban contra todo lo que se estima básico por los tratadistas como de inexcusable garantía».*

La conocida y rancia explicación de los límites a la autonomía de la voluntad, como contrapunto o contrapeso por el beneficio del régimen de no responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad y la autonomía patrimonial de ésta, propiciada por la concesión de la personalidad jurídica, no elimina las dudas sobre su actual vigencia, ni desvirtúa las críticas sobre su perpetuación en todo caso. Lo que puede estar justificado cuando hay intereses generales en presencia (como en el ejemplo que hemos reproducido líneas atrás), deja de estarlo en ausencia de tales.

Los recelos y las dudas acerca de la validez de los pactos parasociales, su eficacia, la oponibilidad o las vías para exigir el cumplimiento o reclamar las consecuencias de su falta reflejan toda la carga dogmática que existe en torno a la sociedad. Su concepción como institución, la interposición como sujeto que deja de pertenecer, en cierto modo, a los socios, y se coloca por encima de ellos, socios a los que les exige incluso un pretendido deber de lealtad en aras del cual parece que han de postergar su propio interés personal individual, la alienación, en suma. Ideas que han coexistido con otras que ponen de manifiesto que la sociedad siempre es cosa de los socios o que el interés social no es algo distinto, sino que coincide con el interés individual de quienes la componen. Federico DE CASTRO*, en su trabajo «Ofensiva contra el concepto de persona jurídica» (publicado en el* Anuario de Derecho Civil *en 1961), se hacía ya eco de estos debates y planteamientos. Reflejo de la primera postura, el hecho de que los pactos de los socios referidos a la sociedad pero no insertos en los estatutos sean calificados y tratados peyorativamente como secretos, reservados o parasociales, rebajados a la condición de contratos (como si el de sociedad no lo fuera), tratados como mero contenido obligacional. Consecuencia de la segunda, la consideración de que no se puede separar, como*

si de compartimentos estancos se tratara, lo social de lo parasocial, máxime cuando firmantes del pacto lo son todos los socios.

Asistimos en nuestros días a una reivindicación, formal al menos, de la flexibilidad. Es sintomático que, en un tipo de sociedad tan aherrojado por las leyes como es la cooperativa, se abra paso cada vez con más fuerza la idea de flexibilización: la Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas de Asturias manifiesta en su Exposición de Motivos que su objeto es dotarlas de «un régimen jurídico y económico consolidado y flexible» que se caracteriza «por el alto grado de autonomía estatutaria o la amplia libertad autorreguladora reconocida a estas sociedades para decidir el diseño organizativo que juzguen más apropiado y conveniente para afrontar eficazmente todas sus exigencias estructurales, financieras y funcionales»; la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, considera una exigencia dotar a las cooperativas de una nueva ley, moderna, clara y flexible y, para ello, se opta por una «menos organicista y basada en la autonomía de la voluntad de los socios para su autorregulación, tratando de conseguir una mayor flexibilización del régimen económico y societario»; la más reciente, la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, señala que «contiene multitud de remisiones a los estatutos sociales, a fin de permitir el desarrollo autónomo de un buen número de materias con arreglo a necesidades singulares de cada empresa». Hablar de flexibilidad en el preámbulo de leyes que regulan de forma marcadamente imperativa unas sociedades, las cooperativas, a las que encorsetan en clases y sobre las que pesa la amenaza de la descalificación; o hacerlo respecto de las sociedades anónimas y limitadas, reclamando la regulación de los pactos parasociales, puede resultar un contrasentido. Quizás, más que del legislador, habría que reclamar la flexibilidad de los aplicadores de la norma, señaladamente, los jueces, notarios y registradores; sobre todo de estos últimos. No está de más recordar cómo en el paradigmático caso de la sociedad irregular, ésta vive por completo al margen del Registro correspondiente, los estatutos comparten opacidad con los pactos parasociales y se convierten ambos, desde este punto de vista, en términos sinónimos y, ni la doctrina ni los tribunales niegan, sino que afirman (aunque no de forma unánime o sin fisuras) la validez, la plena efectividad y la oponibilidad entre los socios y frente a la sociedad de dichos estatutos y pactos, del contrato social.

Como siempre, serán los lectores quienes juzgarán los méritos de esta obra: no es, normalmente, el prologuista el más indicado para hacer un juicio objetivo. Pero, no por cortesía, sino por convencimiento, quiero felicitar a Jorge Feliu Rey *por esta publicación en la que ha revisado y mejorado el que, personalmente, considero que fue y es un trabajo oportuno, completo, excelente, pues el autor logra, de nuevo en palabras de* Vivante*, escritas esta vez en el Prólogo a la primera edición de 1893, «*scoprire la voce del diritto che viene su dalle cose».

En Galapagar, a 15 de mayo de 2012.

María José Morillas Jarillo

INTRODUCCIÓN

Los pactos parasociales son una figura que resulta, en su *nomen iuris*, bien conocida para todos aquellos en cuya actividad profesional o académica se han de aproximar al Derecho de sociedades, e incluso goza de una relativa popularidad mediática vinculada a ciertas operaciones de control en relación, principalmente, con grandes sociedades cotizadas. Sin embargo, este conocimiento nominal y relativamente generalizado contrasta con un escaso tratamiento normativo de sus elementos esenciales, un amplio desconocimiento de su posible y variado contenido y un consecuente descuido del alcance de sus efectos que convierten a esta figura en un valioso y bello objeto de gran fragilidad. Así, en línea con una consolidada práctica en el tráfico comercial no será inusual que los socios de una sociedad de capital confíen a los pactos parasociales la regulación de determinados aspectos relativos a la organización y el funcionamiento de la vida societaria y de sus intereses que precisamente consideran trascendentales, topándose ante el primero de los conflictos con la inesperada desilusión y, en ocasiones, la costosa sorpresa de que al tratar de exigir su cumplimiento, bien son nulos, o bien su exigibilidad o eficacia es limitada.

El impulso de esta obra, la elección del tema y la configuración misma de su estructura y su contenido nace precisamente de esta constatación y del interés por realizar un estudio completo del fenómeno que defina esta figura, identifique sus rasgos característicos, analice su posible y variado contenido y aborde los problemas más delicados relativos a su eficacia, su cumplimiento y su exigibilidad.

Desde el primer acercamiento, el estudio de esta figura se muestra, en cierto modo, esquizofrénico. La frecuencia de su uso, la posición preeminente de los pactos parasociales en el tráfico y la función esencial que se les asigna contrasta con la complejidad de su tratamiento jurídico, la propia

dificultad de delimitación del concepto y las abundantes dudas sobre su validez y eficacia.

Así, la metodología empleada trata de combinar, de un lado, el estudio profundo de la dogmática jurídica, la exégesis legal y el análisis teórico de los problemas con, de otro lado, la consideración de la aplicación y la interpretación jurisprudencial, el manejo de documentos contractuales y el recurso a la práctica forense. De ahí que se intercalen capítulos con una importante carga teórica con otros definidos desde las necesidades de la práctica y articulados alrededor del análisis y la interpretación de los clausulados habituales o posibles de los pactos parasociales. En este sentido, merece una particular explicación el extenso estudio que en algunos temas, como los relativos a los remedios en caso de incumplimiento, se dedica de forma general a la conceptuación de la figura, sus requisitos de aplicación y sus efectos. La extensión y la intensidad con los que los remedios se han estudiado y se exponen antes de determinar de manera sistemática su aplicación específica en el caso de los pactos parasociales se basan también en un razón metodológica y de enfoque. Si deseamos ofrecer una estrategia completa e integral ante el incumplimiento de los pactos, es esencial conocer primero en toda su extensión y con el mayor detalle los medios de tutela a los que el acreedor puede acudir y sólo entonces con el dominio perfecto de los diversos instrumentos que ofrece el catálogo legal, proceder a su aplicación específica ante una realidad fenoménica que, en el caso de los pactos parasociales, adquiere una gran complejidad y está marcada por una elevada especificidad.

Bajo este marco metodológico, la obra se estructura a partir de una cuestión que fue la que definió nuestra primera aproximación a esta figura y el interés por entenderla: ¿cuál es el sentido de los pactos parasociales en el tráfico socioeconómico? Entendiendo sentido en sus dos posibles acepciones, como significado y como dirección. Es decir, qué son (de dónde vienen y a dónde apuntan) y para qué sirven, a lo que debemos añadir el porqué existen y se utilizan en el mercado.

De esta forma, en la Parte I intentamos resolver la cuestión del «sentido» entendido como dirección. Para ello partimos, en el Capítulo I, del origen de los pactos parasociales en relación con los denominados pactos reservados, para continuar así con el análisis de la evolución de ambas figuras hasta nuestros días.

Nuestra tesis de partida es que una adecuada identificación de los perfiles jurídicos del fenómeno, los pactos parasociales, para proceder a la consiguiente determinación de su régimen jurídico, ha de partir de la distinción, en origen, en el Ordenamiento español, entre pactos reservados y aquellos otros pactos que suscritos entre los socios no tienen tal consideración. Mientras que los primeros estaban sometidos a la sanción de nulidad, los segundos, sin embargo, no eran objeto de tal sanción. Esta distinción originaria se diluye con el paso del tiempo por efecto de las sucesivas modificaciones legislativas que tienden hacia una progresiva y finalmente definitiva unificación de ambas realidades bajo un único concepto. Efectivamente, el tenor

legal, «los pactos que se mantengan reservados entre los socios, no serán oponibles a la sociedad», se encuentra en el origen de la confusión entre pacto parasocial y pacto reservado.

De este tratamiento unificado de realidades jurídicas, que entendemos distintas, nace la dificultad que ha venido arrastrando el estudio de los pactos parasociales y que ha colmado de incertidumbre la determinación de su régimen jurídico, en particular, en la esencial cuestión relativa al régimen de validez de los pactos parasociales. En este sentido, la discusión sobre la validez pivota sobre dos regímenes que confluyen en la realidad de los pactos, el Derecho de obligaciones y el Derecho de sociedades.

Desde su identificación originaria con los pactos reservados a la que nos referíamos, en el tratamiento legislativo, aunque escaso, de los pactos parasociales se pueden identificar tres etapas. En una primera etapa, se observa la evolución de la inicial sanción de nulidad al reconocimiento de su validez, si bien con una eficacia limitada (inoponibilidad). En una segunda etapa, de la reconocida validez y los esfuerzos por encontrar fórmulas para asegurar su eficacia se pasa a una progresiva visibilidad normativa de los pactos como resultado de la constatación de su influencia en el control de las sociedades. Los pactos parasociales adquieren así un reflejo normativo muy significativo en legislaciones muy diversas pero su visibilidad se reduce a referencias indirectas, en la mayoría de los casos, sin que se produzca una regulación sustantiva de los mismos —indirectamente en la normativa sobre participaciones significativas, ofertas públicas de adquisición, grupos de empresa; o parcialmente en la legislación relativa a las sociedades cotizadas—. En una tercera etapa, la más reciente, se discute con intensidad la posible oponibilidad del pacto frente a la sociedad y es, por ello, precisamente en la actualidad la cuestión que despierta mayor interés.

En efecto, a pesar de la tajante declaración del art. 29 de la LSC de la inoponibilidad de los pactos a la sociedad, parte de la doctrina así como los profesionales que se dedican a la práctica de esta materia, a través de sofisticadas argumentaciones y complejas fórmulas contractuales, tratan de romper, en determinados casos, el «muro» de la inoponibilidad del pacto frente a la sociedad. Un esfuerzo dirigido principalmente a asegurar el cumplimiento del pacto en sus propios términos en caso de infracción de éste.

Además de ello, en este mismo primer Capítulo, intentamos buscar y entender los motivos de su protagonismo en el Derecho de sociedades y en la práctica societaria. Y es que a pesar de su incierto y discutido régimen de oponibilidad y las dificultades asociadas a su cumplimiento, los pactos parasociales, sin embargo, no han visto mermado su uso generalizado en el tráfico, gozando incluso de épocas de auténtico florecimiento en determinados sectores. La frecuencia y extensión de los pactos parasociales ha de responder, por tanto, a una razón sólida capaz de compensar sus debilidades. Efectivamente, los pactos parasociales son la respuesta, principalmente, del mercado a la limitación de la autonomía de la voluntad que vertebra nuestro Derecho de sociedades y representan así un esfuerzo por lograr un mejor

reflejo y gestión de los intereses de los socios que encuentran no siempre acomodo en los estatutos.

También en la Parte I, en el Capítulo II, intentamos de forma resumida demostrar que a pesar de que a lo largo de su evolución los pactos parasociales como tal no gozan de un régimen jurídico propio y son ineficaces frente a la sociedad, la influencia de aquéllos sobre ésta se hace patente y se reconoce manifiestamente. Y tal hecho se refleja en una creciente, aunque sustantivamente insatisfactoria, visibilidad normativa de los pactos. Una hipótesis de visibilidad normativa que avalamos con la exposición sistemática de algunas normas que en diversos ordenamientos jurídicos corroboran esta afirmación.

El Capítulo III tiene por objeto dos aspectos que nos parecen relevantes y que afectan directa e indirectamente a los pactos parasociales. De un lado, la flexibilización del Derecho de sociedades, en concreto y en lo que aquí interesa, reconociendo el acceso al registro de determinadas cláusulas que hasta la fecha eran propiamente parasociales. Y, de otro, la publicidad de los denominados Protocolos Familiares.

La Parte I finaliza con un Capítulo IV que cierra o, mejor, deja abierto el ciclo de evolución de los pactos parasociales en el tráfico moderno analizando tres cuestiones que apuntan el futuro de los pactos: el nuevo protagonismo de esta figura en relación con las denominadas Empresas de Base Tecnológica (EBTs) donde el pacto parasocial se concibe como uno de los elementos clave en la configuración de este tipo de empresas y su funcionamiento; la repercusión de los estatutos tipo en la constitución de las sociedades y la personalización de los intereses; y un apunte sobre una posible regulación en el nuevo Código Mercantil.

La Parte II concreta en sus dos capítulos la doble aproximación metodológica que anunciábamos. Mientras que el Capítulo V busca descubrir la segunda acepción de «sentido», como significado, analizando el régimen sustantivo de los pactos parasociales, identificando sus funciones y detectando sus principales problemas teóricos (distinción de los pactos sociales y otras figuras afines, cuestiones relacionadas con los elementos subjetivos del contrato, problemas de validez); el Capítulo VI, por el contrario, pretende ser una exposición analítica de las principales cláusulas que se incorporan a este tipo de contratos, tratando de encontrar siempre el denominador común que define funcionalmente este compleja figura.

Finalmente, la Parte III tiene por objeto afrontar una de las fases propias del proceso contractual, que resulta ser la menos deseada y, en la práctica, la que presenta una mayor complejidad por la anómala desviación que significa del programa esperado: el incumplimiento. Esta materia es especialmente delicada en los pactos parasociales, pues a la situación de desajuste e insatisfacción que todo incumplimiento genera se añaden problemas derivados, por un lado, de su ineficacia frente a la sociedad, y, por otro, de la dificultad o la limitación de ejercicio de los remedios legales generales para el incumplimiento contractual debido a la particularidad de las prestaciones.

En efecto, las particularidades del pacto parasocial en su finalidad, sus funciones y su contenido se reflejan de forma significativa en la etapa de cumplimiento y, muy en particular, en las situaciones de eventual incumplimiento. Por ello, un estudio profundo, detenido y completo de los remedios legales disponibles en los supuestos de infracción del pacto es fundamental para, en primer lugar, evaluar la viabilidad de los diversos medios de tutela ante las variadas obligaciones que pueden recogerse en los pactos y, en segundo lugar, para medir en la práctica la eficacia real de muchas de las prestaciones objeto de los pactos. En este sentido, el incumplimiento de un pacto parasocial, a diferencia de otros tipos de contratos, puede tener, por su particular naturaleza, su conexión funcional con el contrato social y la especialidad de su contenido, repercusiones muy serias y además irreversibles o de muy difícil reparación en la esfera económico-social del perjudicado. Así, por ejemplo, hemos podido comprobar cómo la acción de cumplimiento en forma específica se revela claramente insatisfactoria ante la vulneración de determinados pactos, al mismo tiempo que el recurso a la indemnización de daños y perjuicios presenta inevitablemente numerosos problemas derivados de las dificultades de acreditación y cuantificación de los daños.

La general insatisfacción o, en ocasiones, escasa viabilidad de los remedios legales generales ante el incumplimiento de los pactos parasociales ha impulsado una doble respuesta. De un lado, se discute y valora la posibilidad de acudir a remedios puramente societarios (p. ej., impugnación de acuerdos sociales) para lograr la satisfacción de los intereses afectados por la infracción del pacto. Por otro lado, se recurre a la búsqueda y la cuidada previsión de mecanismos contractuales (cláusulas penales, opciones de compra o venta, garantías reales o personales) y también societarios (prestaciones accesorias, causas de separación o exclusión) dirigidos a prevenir y disuadir en lo posible el comportamiento infractor, y ante la hipótesis de eventual incumplimiento, determinar convencionalmente las consecuencias que tal desviación de lo pactado genere.

Por estos motivos, nos enfrentamos a esta cuestión por dos vías. La primera, en el Capítulo VII, analizando la viabilidad de los remedios legales generales contractuales para obtener el cumplimiento del pacto parasocial y la posibilidad de acudir a los remedios legales propiamente societarios. La segunda, en el Capítulo VIII, valorando la posibilidad de utilizar mecanismos contractuales y/o societarios que «coaccionen» o influyan en la conducta de los suscriptores del pacto disuadiendo su infracción y, por tanto, incentivando el cumplimiento del mismo en sus términos.

El estudio de los pactos parasociales, a lo largo de los capítulos descritos, nos ha permitido percibir de inmediato un desajuste entre la realidad socioeconómica y el tratamiento jurídico del fenómeno. A medida que se profundiza en el estudio se agudiza este convencimiento de que si, para dar solución a situaciones que se producen de manera constante y generalizada en el tráfico económico, se impone un recurso permanente y, en cierta medida, excesivo a los principios generales y se exigen laboriosas argumentaciones jurídicas para resolver los conflictos que generan, ello denota

una necesidad regulatoria. En efecto, la complejidad que adquiere el simple esbozo del régimen jurídico básico de los pactos parasociales es claro reflejo de que es preciso proceder a la regulación específica del fenómeno.

En el caso de los pactos parasociales la necesidad de tal regulación se hace evidente. Resulta especialmente revelador el abismo entre la sencilla previsión general de la LSC (art. 29 LSC) que se conforma con sancionar la ineficacia de estos pactos frente a la sociedad, y la desaforada carrera por diseñar mecanismos contractuales o societarios y formular intrincadas teorías y argumentaciones dirigidas a tratar de conseguir la eficacia de los pactos frente a la sociedad y una satisfactoria tutela de los intereses implicados. La permanente contradicción entre un escueto régimen legal y el esfuerzo hercúleo que se dedica en la práctica para dotar a los pactos de viabilidad, garantizar su cumplimiento y reforzar su eficacia hacen su estudio altamente complejo. Por tanto, constatamos la necesidad y proponemos la adopción de una regulación precisa de los pactos parasociales que ordene y zanje las diversas orientaciones y disputas que cargan de incertidumbre esta figura.

Tras el desajuste señalado entre realidad socioeconómica y atención legislativa subyace, en nuestra opinión, un problema de mayor calado que afecta a la forma de hacer y de entender el Derecho de sociedades en, y para las economías modernas. En efecto, la observación de la realidad concreta de los pactos parasociales y la constatación empírica de su abrumador empleo en la práctica societaria nos ha permitido descubrir que los pactos son, en realidad, el síntoma de una enfermedad más seria que aqueja nuestro Derecho de sociedades. La existencia de los pactos parasociales, su florecimiento y desarrollo imparable son el humo que indica dónde está el fuego. Por ello, nuestro estudio detenido de los pactos parasociales ha llevado nuestras reflexiones más allá de la esfera extraestatutaria y su riqueza y complejidad fenoménica. Nuestras valoraciones se han de referir necesariamente a la disciplina societaria en su conjunto porque éste es el contexto que acoge y da sentido a la existencia misma de los pactos parasociales. Y quizá se pueda afirmar que del éxito de los pactos muere de fracaso el Derecho de sociedades.

El esplendor de los pactos parasociales revela la progresiva pérdida de funcionalidad del Derecho de sociedades actual, su grave obsolescencia ante las necesidades del moderno tráfico económico. Un formalismo, al menos en su origen, excesivamente riguroso, una generalizada percepción de imperatividad (aunque ciertamente cada vez más atenuada) y una constreñida autonomía de la voluntad impulsan a los socios a buscar otros instrumentos para reflejar y gestionar los intereses que en el marco estatutario no parecen poder contemplarse de manera satisfactoria.

No obstante, el efecto de los pactos parasociales sobre la evolución del Derecho de sociedades no ha sido sólo para desvelar sus deficiencias, de hecho, en ocasiones, ha facilitado su modernización. En efecto, la expansión de los pactos parasociales, lejos de producir un vaciamiento de la esfera estatutaria, ha llegado a impulsar, bien directa o indirectamente, reformas par-

ciales del Derecho de sociedades precisamente para asegurar que tuvieran cabida en los estatutos acuerdos cuya inclusión en los pactos parasociales venía siendo práctica habitual.

En este contexto, se ha iniciado así en algunos Ordenamientos, con mayor o menor acierto, un proceso de reforma y modernización del Derecho de sociedades para atender estas demandas de adaptación de la disciplina societaria a la realidad del tráfico.

El fin último que guía estas profundas reformas es la necesidad de dotar de flexibilidad al ordenamiento jurídico societario. La deseada flexibilidad no pasa sólo por agilizar los trámites de constitución de una sociedad y simplificar el procedimiento, sino fundamentalmente por tratar de reflejar en el régimen jurídico de las sociedades las necesidades actuales de los movimientos asociativos, facilitando una mejor regulación de los intereses de los socios, lo que, por ende, exige dotar de un mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad. En este sentido, y en aras de alcanzar el objetivo de la flexibilización, es necesario, desde nuestro punto de vista, distinguir entre la realidad formal y la realidad material, de modo que sea la primera la que deba ajustarse a esta última. En efecto, algunas de las exigencias y formalidades en las que aparentemente se asienta nuestro Derecho de sociedades no encuentran reflejo ni reconocimiento en la realidad económico-empresarial. Dos ejemplos concretos pueden resultar suficientemente reveladores de esta reflexión. De un lado, la atribución al capital social mínimo, independientemente de su cuantía, de la función de garantía efectiva frente a los acreedores es hoy cuestionable. Por ello, se están tratando de diseñar fórmulas alternativas que cumplan ya no formalmente sino materialmente una auténtica función de garantía frente a los acreedores. De otro lado, la idea romántica de una sociedad democrática que delibera sus decisiones en las reuniones presenciales de los socios y adopta sus acuerdos precedidos de un debate real entre los asistentes no responde a la práctica societaria de muchas compañías. Así, se elude la celebración de junta en condiciones de normalidad de la vida societaria con diversas prácticas que cumplen externamente el formalismo legal y se relega el cumplimiento efectivo de la exigencia de celebración de junta a supuestos generalmente de conflicto entre los socios. El reconocimiento legal del empleo de medios electrónicos facilita este acercamiento de la realidad formal a la social. La posibilidad de celebrar acuerdos por escrito y sin junta en determinadas sociedades y sujeta a ciertas condiciones significaría una importante dosis de realismo en la regulación societaria.

La flexibilización, desde nuestra perspectiva, no es ni debe entenderse como relajación e inseguridad, sino como un esfuerzo por asegurar que el sentido último de las exigencias legales sea tutelar de forma efectiva determinados derechos e intereses dignos de protección y no imponer trabas innecesarias a la actividad económica y las relaciones comerciales. Flexibilización significa también permitir que las sociedades, como instrumento, se adecúen a los fines para las que son creadas. Es, por tanto, premisa para permitir una mejor personalización de la sociedad de acuerdo con los inte-

reses de los socios sin descuidar la protección de otros intereses en juego. Esta visión instrumental de la sociedad parte de la tesis de que la sociedad es un instrumento para la obtención de un fin, no es un fin en sí misma. Así al igual que se cuida y mejora la ergonomía de las herramientas para facilitar su uso y su precisión, la configuración del tipo social debe adecuarse a los fines que persigue. Y la adecuación plena y precisa no se garantiza con la estandarización de las herramientas sino con su más meticulosa personalización como la que permite el buen hacer del cirujano. Aunque sea preciso, no obstante, que se asegure, como se esteriliza el instrumental del cirujano, que determinados derechos e intereses resultan debidamente tutelados.

Por tanto, es el momento, a nuestro entender, de reflexionar profundamente sobre nuestro Derecho de sociedades actual para atender las demandas que la sociedad contemporánea reclama. Este convencimiento de la necesidad de cambio nos conduce a plantear, al menos, las siguientes reflexiones.

Si observamos nuestro entorno socioeconómico y comparamos las expectativas de los operadores en la canalización de su actividad a través de sociedades con los modelos societarios que ofrece la ley, constatamos la existencia de un apreciable desajuste. Una innecesaria rigidez de los tipos societarios ha conducido al legislador a la, en nuestra opinión, errónea estrategia de ampliar el catálogo de tipos legales para cubrir las nuevas necesidades y atender las demandas que el mercado venía planteando. Sin embargo, la tendencia debería ser bien distinta, de hecho, de sentido inverso. El principio de libertad estatutaria debería reemplazar el de opción tipológica, pues permite un mejor ajuste y una mayor personalización de las sociedades en función de los intereses de los socios. En este sentido, frente a la multiplicación tipológica al ritmo de los cambios socioeconómicos, la propuesta de un régimen dual que distinga esencialmente entre aquellas sociedades que cotizan, que desarrollan su actividad en mercados regulados o que reciben especial atención legislativa por su objeto y el resto de sociedades simplificaría el sistema, facilitaría su modernización y permitiría una personalización más adecuada sin amenazar la tutela de aquellos derechos e intereses dignos de protección en el tráfico. Así, el primer grupo de sociedades citadas estaría sujeto a una mayor imperatividad en su régimen para asegurar la debida transparencia, la protección del público inversor o la tutela de otros bienes jurídicos e intereses legítimos, mientras que las otras sociedades ajenas a los elementos caracterizadores que justifican la mayor intervención legislativa en la configuración del tipo quedarían regidas ampliamente por la autonomía de la voluntad. En este último caso, la experiencia de estos años y, de hecho, el ejemplo de la evolución legislativa estadounidense, muestra que la sociedades cerradas capitalistas que acuden a la figura de los pactos parasociales se asemejan progresivamente a una sociedad colectiva distanciándose del modelo típico de una sociedad de capital, con el único beneficio de la limitación de responsabilidad. En efecto, «*the general problem is that the shareholders desire to retain and enjoy partnership advantages*

within the framework of a corporation»[1] y sería conveniente que el Ordenamiento fuera capaz de ofrecer fórmulas organizativas que atendieran estas expectativas.

Esta reflexión sobre la diversidad y amplitud tipológica nos conduce a otra consideración de mayor alcance sobre la configuración jurídica de los institutos disponibles para el desarrollo de actividades económicas. El recurso obligatorio a figuras asociativas para poder acogerse al régimen de responsabilidad limitada debe replantearse, lo que nos llevaría a intentar fórmulas de limitación de responsabilidad para el empresario individual que no pasen necesariamente por la constitución de sociedades unipersonales o falsamente pluripersonales. Dos motivos principalmente avalarían la oportunidad de este replanteamiento. Primero, por el significativo incremento de las microempresas y la necesidad de reforzar el tejido empresarial facilitando la iniciativa empresarial en condiciones de riesgo razonables. Segundo, por la constatación de que la imposición obligatoria de figuras asociativas resulta en muchas ocasiones más que un beneficio un problema potencial, por forzar escenarios donde muy frecuentemente los conflictos que surgen entre los socios finalizan con el bloqueo de la gestión e incluso la extinción de la sociedad.

Por tanto, en esta reflexión profunda que debe hacerse sobre cómo es y cómo debe ser nuestro Derecho de sociedades, hay piezas del sistema que merecen ser objeto de atención y amplio debate: el modelo tipológico; la situación real de la autonomía de la voluntad de los socios para configurar la sociedad conforme a sus intereses; el principio de limitación de la responsabilidad y posibles fórmulas abiertas de responsabilidad cumulativa de los socios en determinados supuestos y bajo ciertas condiciones; la necesidad de concretar los intereses protegidos que necesitan amparo; y la oportunidad de replantear la figura del empresario individual y su régimen de responsabilidad.

Nueva Orleans, 28 de marzo de 2012.

---

[1] A. Elson, «Shareholders agreements, a shield for minority shareholders of close corporation», *Business Lawyer*, núm. 22, 1966-1967, p. 452.

PARTE I

DE LA NULIDAD A LA VALIDEZ
DE LA EFICACIA A LA INFLUENCIA
DE LA VISIBILIDAD A LA OPONIBILIDAD

«No debemos seguir las huellas de los clásicos.
Debemos buscar lo que ellos buscaron».

Matsuo Basho
(Poeta. Siglo xvii. Período Edo. Japón)

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

I. LOS PACTOS RESERVADOS: SU REGULACIÓN EN LOS CÓDIGOS DE COMERCIO

Para buscar el «sentido», como significado, de los pactos parasociales en el tráfico económico actual, debemos primero encontrar su origen y trazar su evolución. Así, del «sentido» como dirección llegaremos al «sentido» como significado. Es por ello que iniciamos esta búsqueda con el análisis y una breve exposición de los antecedentes y evolución de la regulación jurídica de los pactos parasociales en el ámbito mercantil en estos dos últimos siglos[1]. De esta forma, podremos apreciar a simple vista la importancia que ha ido adquiriendo esta figura jurídica y cómo la realidad negocial ha influido en su regulación, en cierta manera, modificando alguno de sus elementos configuradores. Por ese motivo, no nos vamos a centrar en este apartado en todas las consecuencias o efectos que han producido cada una de las normas que vamos a mentar, sino más bien en llevar a cabo —si me permiten la expresión— un «paseo» legislativo por las principales regulaciones promulgadas en esta materia, y detenernos en aquellos puntos o hitos históricos más relevantes para una mejor comprensión de esta figura jurídica y que permiten conocer el papel que ha jugado, juega y que puede jugar.

Pero, para hablar de pactos parasociales, es necesario referirnos previamente a los pactos reservados, ya que, a nuestro entender, ambas figuras van relacionadas y no se puede entender una sin la otra, existiendo a lo largo de

[1] A efectos de este trabajo, no incluimos en el mismo los pactos reservados establecidos en el art. 1.669 del Código Civil, en la que hace depender la personalidad jurídica de la sociedad civil con que se mantenga o no secretos los pactos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrata en su propio nombre con los terceros.

su historia momentos en que se entrecruzan, en que se separan y en que se fusionan[2].

Por estos motivos, vamos a remontarnos a la época codificadora española del siglo XIX. Tanto el Proyecto de Código de Comercio[3] como el que finalmente se promulgó, el Código de Sainz de Andino o Código de Comercio de 1829[4], establecían en su articulado y, en concreto, en las disposiciones relativas a las compañías mercantiles, una referencia expresa a los pactos reservados. 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».

Esta prohibición legal de los pactos reservados traía causa de la influencia en nuestro Código del Código de Comercio francés de 1807 y en éste, a su vez, de la Ordenanza Francesa de 1673, sobre las prescripciones de forma y publicidad que debían cumplir las sociedades. En concreto, y en lo que aquí nos interesa, tales requisitos de forma y publicidad tenían la finalidad de sacar a la luz las relaciones ocultas que, en un principio, tenían lugar en las sociedades comanditarias y que permitían a los socios comanditarios permanecer ocultos, evitando de esta forma responder frente a terceros o convirtiéndose en acreedores frente a la sociedad. El incumplimiento de estas obligaciones, constar por escrito y publicar, acarreaba la sanción de nulidad de la sociedad[5].

El desarrollo de la actividad económica en los años posteriores a la promulgación del Código de Comercio, que se tradujo en un incremento en el número y en las variantes asociativas mercantiles, y la promulgación de normas tendentes a suplir las deficiencias del Código ante las nuevas exigencias

---

[2] Al igual que manifiestan G. J. Jiménez Sánchez y F. J. Lasarte Álvarez, *La acción en las compañías privilegiadas. (Siglo XVIII)*, Separata de Anales de la Universidad Hispalense, vol. XXIII, Sevilla, 1963, p. 4, «las soluciones jurídicas no se improvisan, no se crean *ex novo*, súbitamente, sin consideración a las construcciones preexistentes, sino que de ordinario se orientan hacia una adaptación de los instrumentos y sistemas tradicionales a las nuevas circunstancias. Sobre esta base es como se puede hablar de antecedentes en cuanto puedan señalarse en momentos anteriores otros institutos sobre lo que se base un régimen jurídico determinado».

[3] Proyecto de Código de Comercio formado por la Comisión especial creada en el Real Orden de 11 de enero de 1828. Las referencias al texto del citado Código están basadas en el texto publicado en la obra J. Rubio, *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, pp. 235 y ss.

[4] El estudio y las trascripciones que se hagan del citado Código está basado en la edición facsimilar del Código de Comercio de 1829, Lex Nova, 2004.

[5] En relación con la ocultación de los pactos en las sociedades comanditarias y la influencia de la Ordenanza Francesa, J. Girón Tena, *Derecho de Sociedades,* t. I, Madrid, 1976, pp. 58, 61 y 231 y ss. También sobre la influencia en este aspecto de la Ordenanza Francesa en nuestro Derecho, J. Garrigues, *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1947, pp. 517 y ss. L. Fernández del Pozo, «La transparencia de los sindicatos de voto entre accionistas. Su publicidad», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 45, enero-marzo de 1992, p. 92. L. Fernández del Pozo, *El protocolo familiar*, Cuadernos Civitas, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, p. 205, n. 1.

sociales y económicas[6], llevaron, entre otras razones, a la promulgación y elaboración del actual Código de Comercio de 1885. El mismo, y en lo referente a la constitución de las sociedades, se inspiró en tres principios: «libertad amplia en los asociados para constituirse como tengan por conveniente; ausencia completa de la intervención gubernativa en la vida interior de estas personas jurídicas; publicidad de los actos sociales que puedan interesar a tercero»[7]. Es este último principio, junto con la finalidad garantista a la que obedece, el que motivó que el legislador, con el propósito último de asegurar que los socios establecieran en la escritura fundacional todos los pactos reguladores de la vida social, mantuviera la prohibición del anterior Código de realizar pactos reservados, debiendo constar todos ellos en la escritura social (art. 119 del actual Código), de modo que habrían de inscribirse posteriormente «todos los actos, acuerdos, contratos y circunstancias (...) que alteren o modifiquen las condiciones de los documentos inscritos» (art. 38 del Reglamento del Registro Mercantil de 21 de diciembre de 1885)[8].

La pregunta que se empieza a plantear es si la prohibición establecida en el Código de Comercio alcanzaba a cualquier pacto firmado entre los socios, en su condición de tales, al que no se le hubiera dotado de publicidad alguna o, por el contrario, si cabía la posibilidad de que algún tipo de pacto, firmado por los socios, pudiera quedar exento de la sanción legal establecida. En definitiva, lo que se cuestionaba era la validez de la siguiente premisa de carácter universal: todo pacto firmado entre los socios de una sociedad está prohibido.

Los primeros indicios para perfilar una respuesta a la anterior pregunta podemos encontrarlos en la jurisprudencia de finales XIX y comienzos del XX, en concreto en dos sentencias. La primera, de 16 de julio de 1891, que rechazaba «la eficacia de un convenio entre el gerente de una sociedad en comandita y uno de los socios en cuanto modificaba esencialmente la obligación por éste contraída como socio fundador en la escritura social»[9]. La segunda, la archicitada sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1901[10], que

---

[6] Ejemplo de esas normas son la Ley, de 28 de enero de 1848, que reforma el Código de Comercio respecto a la constitución de las sociedades anónimas, y la Ley general de sociedades de 19 de octubre de 1869.

[7] V. Romero y Girón, *El nuevo Código de Comercio para la península y las Antillas,* Madrid, Centro Editorial del Góngora, 1886, p. 137. J. Reus y García, *Código de Comercio de 1885 comentado y concordado con el anterior y los extranjeros*, t. I, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1886, pp. 223 y ss.

[8] J. Ponsà Gil, *Sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y de seguros,* 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1922, p. 146.

[9] J. Garrigues y R. Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, p. 157. Del mismo modo, la STS de 3 de julio de 1891, admite un pacto por el que el socio gestor de una sociedad accidental se obliga a que la dación de cuentas y entrega de los beneficios a los partícipes se verifique anualmente, modificando de este modo el régimen legal establecido en el art. 358 del Código de Comercio de 1829. *Repertorio de Jurisprudencia Civil, Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* t. 70, 1892, núm. 6.

[10] *Repertorio de Jurisprudencia Civil. Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1901, núm. 44. La cuestión que es objeto de debate es si la escritura otorgada por el socio colectivo y gerente de una sociedad comanditaria y un socio comanditario de la misma en virtud de la cual aquél asegura a éste *las pérdidas que pudiera experimentar en el capital aportado a la Sociedad comanditaria cons-*

establecía que esta prohibición no se extendía a los pactos establecidos entre los socios que no «forman parte del pacto social, ni debían, con sujeción a la ley, expresarse en la de constitución, de esta forma, no hay disposición legal alguna que prohíba á (*sic*) los socios, sólo por serlo de una sociedad determinada, pactar luego entre sí con relación á (*sic*) derechos y obligaciones que tienen una esfera de acción y realización distinta de aquélla».

De ahí que, a juicio del Alto Tribunal, un pacto o contrato suscrito por los socios de cualquier sociedad sólo se entendería como pacto reservado conforme al art. 119 del CCo, con la consiguiente sanción de nulidad, cuando el contenido del mismo debiese constar en el escritura social y/o lo suscrito en el pacto pudiera contravenir lo estipulado en las disposiciones que regulan la sociedad. En caso contrario, el pacto entre los socios sería válido, y sus «efectos, en orden a los contratantes (...), de carácter meramente civil, debiendo regularse las obligaciones y responsabilidades que de aquélla (el pacto) se derivan por la legislación común»[11].

En definitiva, «la finalidad del precepto del CCo era impedir que los pactos entre los socios que no estén incorporados a la escritura social surtan efectos sociales, es decir, entre la sociedad y los socios»[12], pero «no (la de) excluir la regulación entre los socios de sus intereses personales, incluidos los que traigan causa de la sociedad»[13].

Conforme a este criterio jurisprudencial, la premisa de carácter universal que planteábamos, todo pacto firmado entre los socios de una sociedad

---

tituida independientemente en escritura anterior, y le garantiza además una ganancia de 25 por 100 de interés en dicho capital, es nula en virtud, entre otros, del art. 119 del CCo. Tanto el juez de primera instancia como el de apelación, declaran nula la citada escritura por entenderse que es de aplicación, entre otros, el art. 119 del CCo. Pero el Tribunal Supremo declara la validez del mismo, ya que *es éste un convenio notoria y absolutamente desligado de la vida y existencia de la Sociedad* (...), *considerando que no pudiendo confundirse el alcance y efectos de una y otra escritura, por ser referentes á* (sic) *derechos y obligaciones que tienen una esfera de acción y realización distintas* (...) y que *por ella* (el pacto) *en nada se alteran las condiciones de la Sociedad comanditaria, que en su vida de relación funciona como si no se hubiera otorgado la referida escritura* (...), *o como si lo que pactaron* (las partes) *lo hubieran pactado con un tercero*. El Alto Tribunal finaliza afirmando *que no hay disposición legal alguna que prohíba a los socios, sólo por serlo de una Sociedad determinada, pactar luego entre sí en los términos que los hicieron* las partes. Este criterio es posteriormente ratificado en otra sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1904 (*Repertorio de Jurisprudencia Civil. Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1904, núm. 101, pp. 580-593), sentencia relacionada con la anteriormente comentada en la que manifiesta que el pacto entre las partes antes citado tiene *sus efectos, en orden a los contratantes y respectivos herederos, de carácter meramente civil, debiendo regularse las obligaciones y responsabilidades que de aquélla se derivan por la legislación común*.

[11] Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de junio de 1904 (*Repertorio de Jurisprudencia Civil. Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1904, núm. 101).

[12] Garrigues y Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, *op. cit*., p. 156. La misma opinión se mantiene en J. Garrigues y R. Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas,* 3.ª ed. revisada, corregida y puesta al día por A. Menéndez y M. Olivencia, Madrid [s.n.], 1976, p. 169.

[13] J. M. Madridejos Fernández, «Los pactos parasociales», *Anales de la academia matritense del notariado,* núm. 37, 1996, p. 201. Entendemos que el espíritu liberal inspirador del Código de Comercio (todo lo que no está prohibido está permitido), permitía un amplio abanico de posibilidades de inscripción de pactos entre socios. De ahí que, ante esa permisividad, se sancionara con la nulidad a esos pactos que debían tener la condición de sociales pero se mantenían reservados.

está prohibido, no podía sostenerse, diferenciándose de esta forma el pacto reservado del art. 119 del CCo y aquellos otros pactos suscritos por los socios que no tienen esta consideración. Los primeros, sancionables con la nulidad conforme a lo establecido en el CCo; los segundos sometidos al régimen de la legislación común, y por tanto, no sancionables con la nulidad *ex* art. 119 CCo. De esta forma, podríamos afirmar que se abría para los socios un abanico de posibilidades, no carentes de peligros de licitud, para pactar entre ellos aquellos aspectos negociales que, dentro de la autonomía de la voluntad, les permitiera el Ordenamiento.

II. LOS PACTOS RESERVADOS EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1951

En línea con esta distinción jurisprudencial, el legislador restringe el ámbito de la sanción de nulidad al establecer en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en su art. 6.º, que son nulos los pactos sociales que se mantengan reservados. De esta forma, a pesar de mantenerse la prohibición de tales pactos con carácter general en el Código de Comercio, opta además por declarar expresamente su nulidad en la legislación específica. Y afirmamos que acota el ámbito de la nulidad porque esta regulación no habla de *pactos reservados* con carácter general, sino que especifica *pactos sociales que se mantengan reservados*, recogiendo el legislador, a nuestro modo de ver, el criterio jurisprudencial sentado en la sentencia de 1901. Pero esta específica regulación no evitó nuevos debates doctrinales sobre el alcance de la sanción de nulidad.

De un lado, algunos autores sostuvieron la tesis de que la nulidad afectaba a todo pacto que deba constar en la escritura y en toda su extensión[14], es decir, que no sólo dejaba de producir efecto frente a la sociedad, sino también entre los contratantes. En el lado opuesto, otros autores[15] defendían su validez entre las partes, siempre que no afectasen a elementos esenciales de la escritura y determinantes de su validez, argumentando que los pactos entre los socios que se mantienen reservados nunca se pueden entender como pactos sociales y, por tanto, se considerarían meros contratos sometidos a la legislación común. Por último, un tercer grupo de autores[16] adoptaron una posición más moderada que las anteriores, conforme al criterio jurisprudencial asentado en 1901, y afirmaron que la sanción de nulidad no se aplicaría

---

[14] Garrigues y Uría, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, t. I, 3.ª ed., *op. cit.*, pp. 169 y ss. Garrigues y Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, *op. cit.*, pp. 157 y 170.

[15] R. López Barrantes y M. Mejías González, *Sociedades Anónimas,* Madrid, 1953, p. 51. R. Gay de Montellá, *Tratado Práctico de Sociedades Anónimas*, Barcelona, Bosh, 1952, pp. 70 y 71. Opinión que se refleja también en R. Gay de Montellá, *Tratado Práctico de Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., Barcelona, Bosh, 1962, pp. 72 y ss.

[16] J. Rubio, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas,* 3.ª ed., Madrid, Editorial Derecho Financiero, 1974, p. 210. Á. Velasco Alonso, *La Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y concordancias,* Barcelona, Ariel, 1969, pp. 48 y 49. Á. Velasco Alonso, *La Ley de Sociedades Anónimas,* 5.ª ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, p. 65.

a aquellos pactos que, aun cuando se refieran a las relaciones de los socios entre sí, precisamente en su cualidad de tales, no deben considerarse propiamente como pactos sociales.

En definitiva, las posiciones doctrinales se podrían resumir en tres:

a) La primera de ellas afirmaba que todo pacto social, que carezca de la publicidad legal debida, es nulo, y no produce efectos frente a la sociedad ni entre los contratantes.

b) La segunda postura matiza el concepto de pacto social, al entender que al no ser dotado de la publicidad debida, no puede considerarse pacto social, por lo que no puede oponerse a la sociedad, produciendo efectos sólo entre los socios que lo suscribieron, ya que el mismo se sometería a la legislación común, y, por tanto, sería únicamente sancionable con la nulidad siempre y cuando afectase a elementos esenciales para la validez de la escritura.

c) Por último, la posición de aquellos que delimitan el concepto de pacto social a efectos del art. 6 de la LSA, entendiendo por tales aquellos pactos que regulan el funcionamiento de la vida corporativa, dejando fuera, en consecuencia, aquellos otros pactos que aun adoptados por los socios no tienen esta consideración y, por tanto, no son sancionables con la nulidad.

De los antecedentes expuestos hasta ahora podemos extraer las siguientes conclusiones. No todo pacto suscrito por los socios, por el hecho de serlo y trayendo éste causa del contrato social, podía ser considerado pacto reservado a efectos del art. 119 del CCo y art. 6 de la LSA. Podrá serlo en el sentido genérico del término, pero no en el legal especificado en ese artículo. Estos últimos, a nuestro entender, serían aquellos pactos suscritos o adoptados entre los socios que debiendo constar en el Registro (p.ej. por afectar al funcionamiento de la sociedad), no lo hacen, por lo que carecerían de la publicidad legal debida y serían así sancionables con la nulidad[17]. Esta sanción afecta al pacto en sí, por lo que será nulo también entre las partes[18].

III. LA APARICIÓN DEL TÉRMINO PACTO PARASOCIAL

La siguiente cuestión que se suscita es dónde encajar el pacto parasocial en el marco de este debate doctrinal entre la validez o no del pacto reservado. Nos preguntamos, así, si el pacto reservado es un pacto parasocial, o si son realidades jurídicas distintas.

Aunque vamos a desarrollar esta cuestión en los apartados siguientes, creemos necesario, para responder parcialmente a la cuestión planteada, rea-

---

[17] En este sentido, en relación con los sindicatos de bloqueo, M. Broseta Pont, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones,* 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1984, p. 46.

[18] Como establece la SAP de Barcelona, Sección 16.ª, de 14 de marzo de 1996 «... cabría concluir mediante la aplicación más rigurosa del entonces vigente art. 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas que los referidos pactos reservados no son vinculantes ni siquiera para quienes los suscribieron». Citada por la STS de 21 de septiembre de 2001 [*RJ* 2001/7126].

lizar en este momento algunas consideraciones previas. Y es, precisamente, la cuestión terminológica la que atrae nuestra atención en primer lugar. Para ello, debemos retroceder en el tiempo hasta 1942 y escapar del ámbito nacional para acercarnos hasta Italia. En ese año se publica el libro *Contratti Parasociali*[19], del italiano Giorgio Oppo, autor que propone por primera vez el *nomen juris* de *contratti parasociali*. El autor italiano es consciente, como ya habían percibido también otros juristas españoles, que en la práctica societaria se estaba produciendo un interesante fenómeno que, a pesar de su significación, ha pasado inadvertida en los estudios de Derecho de sociedades: la integración e incluso, en ocasiones, la superación de la regulación legal y estatutaria de las relaciones societarias a través del establecimiento de vínculos contractuales entablados entre los socios, entre éstos y la sociedad o incluso con terceros o con los órganos sociales.

La conexión (funcional)[20] entre estos pactos y la regulación societaria es evidente y determina el carácter accesorio de estos contratos con respecto al negocio societario pero, a la vez, su distinción de éste. Sin embargo, en la medida en que el término «accesorio» implicaría una calificación de tal conexión entre los negocios jurídicos con una noción que ya tenía un significado particular y bien restringido, propone el autor el uso del término *parasociale*. Por tanto, como aclara el propio autor, este recurso terminológico no es fruto del amor a la novedad ni del deseo de construir una nueva categoría dogmática, sino que trata de evidenciar la estrecha conexión entre estos pactos y la regulación societaria sin prejuzgar su naturaleza. De hecho, tras esta elección del término «*parasociale*» se encuentra la contraposición de los conceptos alemanes de *Nebenverträge* (contrato accesorio) y *Nebenabreden* (cláusula accesoria), de modo que los «*patti parasociali*» responderían a la primera categoría, que mantienen su autonomía, frente a las cláusulas accesorias o atípicas que, al integrarse en los estatutos, quedan absorbidas por éstos.

Al igual que OPPO percibe en la práctica societaria italiana esta nueva realidad (el contrato parasocial), tan necesitada de atención doctrinal y análisis jurídico, y que varias décadas más tarde reconoce como un fenómeno que ya ha adquirido tipicidad social[21], los juristas españoles, también conscientes de esta irrefutable constatación empírica[22], importan a la literatura española el concepto «parasocial» para describir aquellos pactos suscritos entre los socios que no tienen la consideración de pacto reservado y, por tanto, no son sancionables con la nulidad.

---

[19] G. Oppo, *Contratti Parasociali,* Milano, 1942.

[20] *Ibid*., pp. 68 y ss.

[21] G. Oppo, «Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazione e diritto delle società», *Rivista di Diritto Civile,* parte prima, 1987, pp. 519-521, aclara, que mientras que un pacto que modifica los estatutos no es un pacto parasocial, puede serlo sin embargo un pacto que obligue a las partes a modificar los estatutos.

[22] J. Garrigues, «Sindicato de accionistas», *Revista de Derecho Mercantil,* vol. XIX, núm. 55, enero-marzo de 1955, p. 91. De igual modo, V. Mambrilla Rivera, «Caracterización jurídica de los convenios de voto entre los accionistas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 181-182, julio-diciembre de 1986, p. 311.