

EL ENFORCEMENT DE LOS PACTOS PARASOCIALES

✍ CÁNDIDO PAZ-ARES

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid y Abogado **

Words without swords are merely words

TH. HOBBS, *The Leviathan*

1. INTRODUCCIÓN: TIPOLOGÍA DE LOS PACTOS PARASOCIALES

La expresión «pactos parasociales» ha sido acuñada en nuestra doctrina para designar los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, *en sus relaciones internas*, las reglas legales y estatutarias que la rigen. Subrayo «en sus relaciones internas» porque lo característico de los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben. Los pactos parasociales se nos presentan así como la continuación de la sociedad anónima o limitada por otros medios, por los cauces más débiles del derecho de obligaciones. No es de extrañar por ello que a veces cunda la sensación de que son «meras palabras» y se desconfíe de su eficacia para gobernar privadamente la vida de la sociedad. El objetivo de estas páginas es disipar estas dudas escrutando los medios de tutela de que pueden echar mano las partes para lograr su efectividad en caso de incumplimiento. Como fácilmente se comprende, de la eficacia que puedan tener esos medios *ex post*, dependerá su fuerza de disuasión *ex ante*, su capacidad para motivar la conducta debida de quienes puedan mostrarse o sentirse más renuentes al cum-

plimiento. En el examen de esta materia prestaremos atención, en primer lugar, al *enforcement inter partes*, que se canaliza a través del sistema de remedios pre-dispuesto por el derecho general de las obligaciones para paliar el incumplimiento y atender a otras vicisitudes de crisis que pueden afectar a las relaciones obligatorias (véase *infra* 2). Una vez cumplido este cometido, se pasará revista a las posibilidades que brinda nuestro derecho para hacer efectivos los pactos frente a la sociedad. Como veremos, el hecho de que los pactos parasociales queden fuera del ordenamiento de la persona jurídica, no impide que en determinadas ocasiones y bajo ciertos presupuestos pueda recurrirse a los mecanismos de *enforcement* específicos del derecho de sociedades (véase *infra* 3). Para abordar rectamente el estudio de una y otra problemática parece conveniente ordenar de antemano la fenomenología, que ofrece una sorprendente variedad en la práctica negocial. Con arreglo a una clasificación bastante extendida entre nuestros tratadistas, los pactos parasociales pueden agruparse en tres grandes categorías que, a falta de nomenclatura más exacta, denominaré: (i) pactos de relación, (ii) pactos de atribución y (iii) pactos de organización.

1.1. Los pactos de relación

Los pactos de relación se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad. En ellos prima la

* Del Departamento de Derecho Mercantil de Uría & Menéndez.

voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin mediación de la sociedad. Los supuestos que ilustran esta categoría son los acuerdos dirigidos a establecer a favor de todos o algunos de los socios derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales, derechos de venta conjunta, obligaciones de *lock up*, obligaciones de no incrementar la participación en el capital por encima de un determinado porcentaje («pactos de no agresión»), obligaciones de ceder o de adquirir las participaciones bajo determinadas condiciones, cláusulas de cobertura de las pérdidas de unos socios por otros, cláusulas de equalización o de redistribución de los dividendos sobre bases diversas a las previstas en los estatutos, cláusulas de valoración, etc. Lo característico de este tipo de pactos —como se desprende a primera vista del elenco de ejemplos anterior— es que no tienen incidencia o repercusión jurídicamente apreciable sobre la esfera social.

1.2. Pactos de atribución

Llamamos pactos de atribución a aquéllos que se concertan con el fin de procurar a atribuir ventajas a la propia sociedad. El reverso es la asunción por parte de sus firmantes de las correspondientes obligaciones frente a ella. Los ejemplos paradigmáticos nos los proporcionan los pactos que recogen obligaciones financiación adicional de la sociedad por parte de los socios (préstamos, aportaciones suplementarias, reitegración del patrimonio social en caso de pérdidas, etc.), pero hay muchos otros compromisos que pueden ser objeto de contratación parasocial: por ejemplo, abstenerse de competir con la sociedad, otorgarle la exclusiva de venta o intermediación en los productos de los socios, ofrecerle la adquisi-

ción de las acciones cuando el socio se proponga transmitir las, etc. El signo distintivo de esta categoría es que la incidencia del pacto sobre la esfera social es ventajosa.

1.3. Pactos de organización

Los pactos de organización agrupan los pactos seguramente más relevantes y, al propio tiempo, los más conflictivos jurídicamente. Los denominamos así porque expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad. Se ha dicho por ello que tienen siempre por objeto el *control de la sociedad*, bien sea para concentrarlo, para distribuirlo o para transferirlo. El espectro de esta clase de pactos es muy amplio: pactos interpretativos de las normas estatutarias; pactos sobre la composición del órgano de administración; pactos sobre las políticas a desarrollar por la compañía (por ej., plan de negocios, esquema de financiación o política de dividendos); pactos restrictivos de las competencias de los administradores; pactos sobre el régimen de las modificaciones estatutarias; pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*; pactos sobre la información que debe proporcionarse a los socios; pactos sobre la contratación por parte de las sociedades de socios y familiares; pactos sobre la disolución de la sociedad (por ejemplo, atribuyendo a un socio el derecho a instar la liquidación en caso de que se verifiquen determinadas circunstancias); pactos sobre *quorums* y mayorías; pactos para el ejercicio de los derechos de minoría¹, etc. La mayor parte de estos pactos se instrumentan mediante convenios y sindicatos de voto, cuyas fenomenología ofrece una gama de variedades amplísima².

¹ Ofrece alguna información de interés J. Juste Mencia, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Madrid, 1995, págs. 193 ss.

² La clasificación tripartita que hemos utilizado se inspira en la elaborada por Oppo en su clásica monografía sobre la materia (véase G. Oppo, *I contratti parasociali*, Milano 1942, págs. 6-12) y aparece recogida, con terminología diversa, por buena parte de nuestros tratadistas: véase, por ej., en L. Fernández de la Gándara, voz «Pactos parasociales» en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, vol. III, Madrid, 1996, pág. 4715; A. Madrdejos Fernández, «Los pactos parasociales», *AAMN* 37 (1996), págs. 187 ss.; J. Miquel Rodríguez, *La sociedad conjunta*, Madrid, 1998, págs. 10 y 310-311; A. Campins, «La derogación singular en los estatutos», *RDM* 242 (2002), págs. 1688-1689 y 1704 ss.; etc. La doctrina de otros países no se aleja mucho de estas pautas de clasificación (véase, por ej., U. Noack, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen 1994, págs. 102 ss). Es de advertir, en todo caso, que se trata de una clasificación imperfecta, pues unos y otros contenidos a menudo aparecen solapados o amalgamados. Por otro lado, hay que tener en cuenta que dicha clasificación, basada en criterios objetivos, probablemente debiera complementarse con otra basada en criterios subjetivos. En su sentido genuino, los pactos parasociales son los celebrados entre todos o algunos socios de la sociedad. Los pactos celebrados por los socios con la sociedad (por ej., acuerdos

2. ENFORCEMENT INTER PARTES DE LOS PACTOS PARASOCIALES

Establecido lo anterior podemos aplicarnos al objeto inmediato de estas páginas comenzando por el examen del *enforcement inter partes* de los pactos parasociales. Lo primero que hemos de decir es que si un pacto parasocial es válido, se convierte en «ley entre las partes» (artículo 1091 CC)³ y, en ese caso, no hay razón para privar a quien esté interesado en su cumplimiento de ninguno de los remedios previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de sus intereses contractuales⁴. El hecho de que los pactos parasociales estén ligados funcionalmente a la sociedad a que se refieren y de que, por tanto, le afecten indirectamente no puede servir de pretexto para recortar su alcance, como a veces se sostiene. Seguidamente pasamos revista a los principales remedios que pone a nuestra disposición el derecho común, a saber: (i) la acción de indemnización de daños y perjuicios; (ii) la acción de cumplimiento; (iii) la acción de remoción; (iv) la acción de resolución; y (v) ciertas medidas de

autotutela que pueden arbitrarse en el ámbito de la autonomía privada para minimizar el riesgo de incumplimiento.

2.1. La acción de indemnización de daños y perjuicios

El primer remedio y, sin duda alguna, el menos problemático es el que nos proporciona la responsabilidad contractual en sentido estricto, en cuya virtud la parte que haya incumplido el pacto queda obligada a reparar los daños y perjuicios ocasionados a la contraparte, siempre que el incumplimiento le sea subjetivamente imputable (artículos 1.101 CC y siguientes)⁵. Desde el punto de vista práctico, la efectividad de este mecanismo tropieza con la grave dificultad de probar y cuantificar el daño ocasionado por la infracción de un pacto parasocial (¿cómo valorar, por ejemplo, los daños que experimenta un socio al que no se le permite acceder, en contra de lo estipulado, al consejo de administración de la sociedad?). Por ello, es usual y resulta aconsejable establecer de antemano una liquidación abstracta del daño e incluso una cláusula penal propiamente dicha, que

de no adquirir más participaciones), así como los celebrados con terceros (por ej., acuerdos para votar en determinadas materias siguiendo las instrucciones del banco que presta la financiación), suscitan una problemática en parte diferente, que no es objeto de consideración en estas páginas. Con todo, no me resisto a expresar mis dudas respecto de los planteamientos más generalizados, que no suelen ver con buenos ojos estas últimas clases de pactos y tienden a subir el listón para darles carta de naturaleza dentro del ordenamiento [resulta apropiado remitir en este punto al sugerente estudio de W. Zöllner, «Zu Schranken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen, insbesondere bei der GmbH», *ZHR* 155 (1991), págs. 180-187]. Una atención especial merecen también los acuerdos entre socios y miembros del órgano de administración o los acuerdos entre los distintos administradores (sobre los cuales debe recordarse, en nuestra doctrina, el trabajo de A. Menéndez Menéndez, «Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima», en *Estudios en homenaje a R. Uría*, Madrid 1978, págs. 351 ss.). Aquí interesarán en la medida en que se subsuman en los acuerdos de socios, como es frecuente en la práctica cuando los administradores son también socios.

³ No es objeto de este estudio determinar cuándo ha de considerarse válido o inválido un pacto parasocial. De él nos ocupamos en otro que se halla todavía *in fieri*. No obstante, nuestra principal conclusión es que la validez de los pactos parasociales no puede enjuiciarse con el rasero de la imperatividad propia del derecho de sociedades (la que denominamos «imperatividad tipológica»); ha de enjuiciarse única y exclusivamente con el rasero de la imperatividad general del derecho de obligaciones (que denominamos «imperatividad sustantiva»). Esto significa que los pactos parasociales no son inválidos por contravenir normas del tipo societario (por ej., la prohibición de unanimidad o de voto plural); solamente lo son si atentan contra valores sustantivos del entero sistema (por ej., prohibición de pactos leoninos o exigencias de la buena fe).

⁴ Es ilustrativa en este sentido la sentencia del TS de 28 de septiembre de 1965 (Ar. 4056).

⁵ La imputación subjetiva del incumplimiento no exige necesariamente dolo o culpa. El incumplimiento es subjetivamente imputable cuando el hecho que lo haya causado deba ser puesto a cargo del deudor según la distribución de riesgos explícita o implícitamente pactada o supletoriamente prevista por el legislador en normas especiales o en las normas generales (arts. 1102-1105 CC). El que no sea siempre necesaria la culpa o el dolo no significa, sin embargo, que el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual radique sin más en el mero incumplimiento de una obligación no extinguida o suspendida por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, como sostiene Jordano (este punto ha sido definitivamente aclarado por F. Pantaleón, «El sistema de la responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *ADC* 44 (1991), págs. 1043-1046).

pueda exigirse al margen de la indemnización que corresponda (véase artículo 1152 CC)⁶, debiendo recordarse a tal efecto que —frente a lo que a menudo se piensa— la simple previsión de una cláusula penal no priva al acreedor de la acción de cumplimiento, en los términos que enseguida se verán (artículo 1153 CC).

En ocasiones, los riesgos asociados a la dificultad de probar y cuantificar el daño podrán soslayarse también recurriendo al mecanismo del resarcimiento *in natura*, que procederá cuando resulte posible, material y jurídicamente, reparar el daño en forma específica —bien por el propio responsable, bien a su costa— y dicha reparación no requiera gastos desproporcionados (así, por ejemplo, el daño derivado de la infracción de un derecho de adquisición preferente parasocial puede resarcirse condenando al infractor a vender otras tantas acciones o participaciones al precio pactado)⁷. Desde el punto de vista dogmático, este remedio es distinto a la acción de remoción a que aludiremos más tarde. En la práctica, sin embargo, la línea divisoria entre el resarcimiento en especie y la acción de remoción se desdibuja con facilidad.

2.2. Especial referencia a la acción de cumplimiento

Nuestro derecho contempla asimismo la posibilidad de solicitar judicialmente la «ejecución específica» de la prestación debida, no siendo preciso en este caso que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor y menos aún que haya causado daño al acreedor⁸, y a tal efecto arbitra distintas vías, cuya eficacia varía en función de la naturaleza de la prestación: (i) cuando el objeto de la obligación consiste en un *dare*, el *enforcement* se logra mediante diligencias de entrega forzosa de la cosa o, si ésta es indeterminada, de adquisición de la misma a costa del deudor (véanse artículos 1096 CC y 701 LEC y siguientes); (ii) cuando consiste en un

facere no estrictamente personal o fungible, a través de la orden a un tercero para que realice la prestación a expensas del deudor (véanse artículos 1098 CC y 706 LEC); (iii) cuando consista en un *facere* personalísimo o infungible, a través de la conminación al deudor para que cumpla él mismo la prestación bajo el apercibimiento de pagar multas coercitivas por cada mes de retraso (artículo 709 LEC); (iv) cuando consista en un *volere* —en la emisión de una declaración de voluntad—, en la sustitución de la voluntad del deudor rebelde por medio de la sentencia (artículo 708 LEC); (v) cuando consista en un *non facere*, mediante un complejo sistema, que incluye la condena al deudor para que remueva el estado de cosas provocado por la infracción de su obligación (véase artículo 1098.II, al que remite el 1099 CC), bajo la presión o intimación de tener que satisfacer multas coercitivas por cada mes de retraso en el cumplimiento (710.1 II LEC); indemnice los daños causados por la actividad que no debió haber realizado (artículos 1101 CC y 710.1.I LEC); y cese en dicha actividad (si persiste el peligro de que se reitere o repita la infracción) con la conminación de que, en caso de desacato, incurrirá en responsabilidad criminal por desobediencia a la autoridad judicial (artículo 710.1.I LEC)⁹.

En nuestra opinión, cualquiera de estos instrumentos previstos en el derecho común para lograr la efectividad de la pretensión de cumplimiento resulta utilizable en el caso de los pactos parasociales sin más limitaciones que las generales derivadas de la imposibilidad física o jurídica de la prestación (artículo 1184 CC) o de la inexigibilidad de la misma fundada en la buena fe o en la interdicción del abuso del derecho (artículo 7 CC), aunque debe reconocerse que en nuestro caso esta última limitación puede imponer restricciones de cierto alcance, toda vez que por medio de ella puede hacerse valer el *interés social* (parece obvio, por ejemplo, que actúa contra la buena fe quien, al amparo de su derecho

⁶ Para un caso interesante de sindicato de voto con cláusula penal véase sentencia del TS de 27 de septiembre de 1961 (Ar. 3029).

⁷ Sobre esta difícil cuestión resultan muy atinadas las observaciones de F. Pantaleón, «Comentario del art. 1902 CC», en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1991, pág. 2001 y J.L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, vol. II-1, Barcelona, 1990, págs. 552-443.

⁸ Véase, por todos, Pantaleón, *ADC* 44 (1991), pág. 1046.

⁹ Para un estudio más detallado de estos mecanismos de ejecución véase R. Verdura Server, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, págs. 300 ss. y, desde el punto de vista procesal, con indicaciones ya adaptadas a la nueva Ley de

contractual a designar un administrador, pretende que sus socios voten a favor del nombramiento de persona manifiestamente incompetente). La cuestión, sin embargo, no se halla fuera de controversia. No resulta especialmente problemática en el caso de los *pactos de relación*, porque su ejecución específica no tiene incidencia directa en la esfera de la sociedad: por su propia naturaleza, la efectividad de estos pactos puede lograrse en las relaciones entre los socios (imagínese el caso del socio que reclama a otro la cobertura de ciertas pérdidas o la transmisión a su favor de determinadas acciones). Tampoco plantea mayores dudas en el caso de los *pactos de atribución*, porque, aun cuando su ejecución específica incide directamente sobre la esfera social —al fin y al cabo, el objeto de estos pactos es procurar ventajas a la sociedad—, está en manos de ésta reclamar la atribución de la ventaja o, en su caso, rehusarla¹⁰. Una vez más, las dificultades se concentran en los *pactos de organización*. Y es comprensible que así sea, pues teniendo por objeto regular la influencia conjunta de las partes en la sociedad, su *enforcement* necesariamente se proyecta sobre la propia sociedad. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que las obligaciones derivadas de los *pactos de organización* se traducen, al final del día, en obligaciones de voto (derivadas de un convenio de voto en sentido estricto, de un sindicato de voto o de otros pactos cuyo cumplimiento requiera la adopción de un acuerdo corporativo)¹¹. En lo que sigue centraremos nuestra atención sobre esta clase de pactos examinando: (i) la viabilidad *tout court* de su ejecución específica; (ii) la modalidad de ejecución, en su caso,

más adecuada; y (iii) la posibilidad de obtener la ejecución cautelarmente.

a) Como decíamos, la posibilidad de recurrir en este campo a la acción de cumplimiento *in natura* no está fuera de controversia. De hecho, no son pocos los tratadistas que la rechazan bajo el pretexto de que recorta o menoscaba: (i) la libertad de decisión del socio; (ii) el proceso de deliberación necesario para la formación de la voluntad social; o (iii) las posibilidades de defensa de la sociedad y los límites de la cosa juzgada¹². De acuerdo con estos planteamientos, los pactos parasociales que nos ocupan sólo podrían protegerse con remedios resarcitorios. En nuestra opinión, sin embargo, ninguna de las objeciones formuladas resulta convincente.

La primera se neutraliza con suma facilidad. No es cierto, en efecto, que la ejecución específica atente contra la libertad de voto por la sencilla razón de que dicha libertad incluye la de vincularse contractualmente. La ejecución específica sólo fuerza al socio a cumplir el compromiso que libremente asumió en el pacto. Es inconsecuente aceptar la validez del pacto y negar su cumplimiento forzoso; y más aún, es inconsecuente protegerlo con la acción de daños —y, en su caso, con una cláusula penal— y desprotegerlo negándole la pretensión de cumplimiento (tanto en un caso como en otro se estaría «forzando» al socio). La objeción tiene una vertiente procesal algo más sólida, que se basa en los *límites de la pretensión de cumplimiento*. El argumento apela ahora a viejas ideas —de corte naturalista, diríamos hoy— sobre la imposibilidad de forzar el cumplimiento de las obligaciones personalísimas. Siendo el

Enjuiciamiento Civil, M. A. Fernández-Ballesteros, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Madrid 2001, págs. 411 ss.; y F. Cordon Moreno, *El proceso de ejecución*, Navarra 2002, págs. 307 ss.

¹⁰ La cuestión se trata más adelante: véase *infra* 3.1 a).

¹¹ Debe señalarse, en este sentido, que muchos pactos no establecen directamente una obligación específica de voto, pero ésta se deriva —*ex rebus o ex bona fidei*— de su propio contenido. Si, por ejemplo, el pacto parasocial ha previsto que un socio tiene derecho a nombrar un administrador o a separarse de la sociedad bajo determinados supuestos, todos los firmantes están obligados a hacer todo lo necesario para lograr ese resultado (art. 1258 CC), lo cual implicará, en el primer caso, votar a favor de la designación del candidato que proponga y, en el segundo, a favor de la reducción de capital precisa para amortizar sus acciones al amparo de lo previsto en el art. 164.3 LSA o, en su caso, de la adquisición de autocartera necesaria para rescatar su participación.

¹² Estos son, en efecto, los nervios argumentales de los detractores de la pretensión de cumplimiento, que aparecen con muchas ramificaciones y detalles que ahora no es preciso considerar (para más referencias, véase, en Alemania, U. Noack, *Gesellschaftervereinbarungen*, págs. 70-75; en Italia, R. Torino, *Contratti parasociali*, Milano, 2001 págs. 363 ss.; y en Francia, J. M. Hauptmann, *Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand*, Nancy, 1986, págs. 547 ss.; para un estudio conjunto del derecho comparado, véase A. Busemacker, *Stimmbindungsverträge bei Kapitalgesellschaften in Europa*, Baden-Baden, 1999, págs. 243 ss. y 322 ss.).

voto un *facere* incoercible, su incumplimiento —se afirma— sólo puede repararse mediante la indemnización de daños y perjuicios¹³. El razonamiento, sin embargo, tampoco convence: yerra en el plano de la lógica —no se puede confundir la incoercibilidad física con la insustituibilidad jurídica— y, desde luego, no tiene sitio en nuestro derecho positivo. En este aspecto, hemos de recordar que la jurisprudencia española, aun a falta de precepto expreso, ha reconocido tradicionalmente la posibilidad de ejecutar *in natura* las obligaciones que tengan por objeto una declaración de voluntad instando al obligado a emitirla y, en caso de negativa, sustituyendo coactivamente su voluntad por la propia resolución judicial¹⁴, y esta posibilidad, como es natural, tiene que extenderse a las declaraciones de voto. La solución se encuentra ahora consagrada, con claridad meridiana, en el artículo 708 LEC. Más aún, la ley procesal introduce una innovación no prevista en el Código Civil, que es la posibilidad de ejecución específica de las obligaciones de hacer no fungibles o personalísimas (artículo 709 LEC).

La segunda objeción es algo más insidiosa, pero igualmente fácil de replicar. Las ideas que ahora se invocan se fundan en la incompatibilidad institucional de la ejecución específica con la formación de la voluntad social en el seno de la Junta a través del proceso de deliberación, un proceso que reclama

que el socio contribuya con su parecer a la formación de la voluntad social (de otro modo se convierte en un «convitado de piedra»); que pueda tener en cuenta los argumentos a favor y en contra de sus consocios y la información que se produce en la conversación dialógica que se desarrolla en la junta; y que, finalmente, emita su voto con arreglo al interés social¹⁵. Pero un planteamiento de esta naturaleza tampoco puede aceptarse sin algunas reservas. De entrada, hay tener en cuenta que el proceso de deliberación es teóricamente laudable, pero prácticamente irrealizable (la experiencia de las juntas numerosas lo acredita de manera fehaciente) y legalmente inexigible, como lo prueba el hecho de que el ordenamiento admita la delegación de voto con instrucciones (artículo 107 LSA) y de que esté en trance de admitir el voto postal y electrónico (véase artículo 105.4 LSA en el Proyecto de Ley de modificación de la LSA y LMV actualmente en tramitación). Y «de salida», hay que recordar que el voto es un derecho subjetivo —no un derecho/función—, que normalmente permite a su titular ejercitarlo en provecho propio, sin necesidad de funcionalizarlo al interés social¹⁶.

La tercera objeción es, sin duda alguna, la más problemática. Lo que ahora se afirma es que la ejecución específica —y, señaladamente, la sustitución de la voluntad del socio obligado por el pacto para-

¹³ Esta es, por ejemplo, una razón que ha pesado mucho en la doctrina italiana, la cual se inclina generalizadamente por rechazar la ejecución específica de los convenios de voto. El art. 1932 del Código Civil italiano sólo contempla la posibilidad de sustituir la voluntad del deudor en los precontratos, por lo que se entiende que no puede extenderse a otros supuestos distintos (véase referencias en Torino, *Contratti parasociali*, págs. 364 ss.). Con todo, siempre ha habido voces muy autorizadas que justificadamente abogaron por la aplicación analógica de la norma (destaco en esta línea el viejo y penetrante estudio de G. Santini, «Esecuzione specifica di accordi parasociali?», *Archivio Giuridico*, 1968, págs. 483-484).

¹⁴ Véanse, entre tantas, las sentencias del TS de 22 de febrero de 1985 (Ar. 1196); de 13 de diciembre de 1989 (Ar. 8824); de 24 de diciembre de 1992 (Ar. 10657); de 25 de junio de 1993 (Ar. 5384); de 28 de octubre de 1995 (Ar. 9402); etc.; en doctrina, véase, por todos, L. Díez Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II-1, 2ª ed., Madrid, 1996, pág. 680.

¹⁵ El argumento, en definitiva, afirma que el voto sólo puede emitirse dentro del proceso de deliberación de la junta, porque sólo allí puede apreciarse si es conforme al interés social, y éste es el límite de exigibilidad de cualquier compromiso de voto. En otras palabras, como no se sabe a ciencia cierta si el deber de votar con arreglo al pacto subsistirá en la reunión (pues la deliberación u otras circunstancias pueden poner de relieve su contradicción con el interés social), se estima que nunca puede instarse su ejecución específica y que el perjudicado por el incumplimiento tiene que conformarse con la reparación del daño.

¹⁶ Véase C. Paz-Ares, en R. Uría y A. Menéndez (dirs.) *Curso de derecho mercantil*, I, Madrid, 1999, pág. 444; V. Mambriella Rivera, «Caracterización jurídica de los convenios de voto entre accionistas», *RDM* 181-182 (1986), págs. 306-307. Si en un caso concreto, el deber de lealtad (frente a la sociedad) impidiese al socio votar (como se ha obligado frente al consocio) estaríamos ante un supuesto de nulidad (por imposibilidad del objeto) o de inexigibilidad de la prestación (por ser contraria a la buena fe). En este sentido es cierto que un socio no puede exigir de otro que vote en una forma en la que él no podría votar por sí (véase Zöllner, *ZHR* 155 (1991), pág. 174). Con todo, esto no supone un obstáculo insuperable para la ejecución específica, como se verá a continuación en el texto.

social en la Junta mediante la sentencia judicial— es improcedente por limitar las posibilidades de defensa de la sociedad y de los otros socios y por extender indebidamente los efectos de la cosa juzgada. La razón de ello —se nos dice— es que el Juez formula una declaración de voluntad frente a un tercero —la sociedad— sin haber tenido la oportunidad de comprobar si esa declaración de voluntad es procedente de acuerdo con las circunstancias especiales que la rodean (por ejemplo, si hay una prohibición legal que impida votar al acreedor del pacto parasocial, que sería extensible al deudor¹⁷ o si hay razones de interés social que determinen la improcedencia de ese voto)¹⁸. A nuestro modo de ver, sin embargo, el argumento que subyace a esta nueva objeción tampoco puede aceptarse sin reservas. Formalmente, porque la ejecución forzosa no se dirige contra la sociedad, sino contra la contraparte del pacto. La demanda se entabla contra el deudor, de quien pretende obtenerse una declaración unilateral frente a un tercero en la que el acreedor está interesado¹⁹. Y materialmente, porque la ejecución específica no deja indefensa a la sociedad. Ello es así por varias razones: (i) porque el Juez debe comprobar de oficio la validez y procedencia del voto (si contradice una prohibición legal o es abusivo), (ii) porque, para la mejor tutela de sus derechos, la sociedad y el resto de

los socios pueden sumarse al proceso como intervinientes (artículo 13.1 LEC); (iii) porque en cualquier caso la ejecución específica consiste en la emisión del voto, sin prejuzgar su eficacia frente a la sociedad (de ahí que no haya extensión indebida de la cosa juzgada); en este sentido es claro, por ejemplo, que si el Presidente de la Junta considera que el «voto judicial» es contrario a una prohibición legal o resulta abusivo puede rechazarlo, sin que ello implique desacato o desobediencia; y (iv) porque aunque lo admita —como de ordinario ocurrirá por la «fuerza moral» de la sentencia— el acuerdo resultante puede ser impugnado por las causas legales y, en especial, por contradecir el interés social (artículo 115.1 LSA)²⁰. Nada tiene de extraño por ello que la doctrina más generalizada avance resueltamente en el sentido de admitir la ejecución específica de las obligaciones de voto²¹.

b) Una vez despejadas las dudas acerca de la viabilidad de la ejecución específica, hemos de examinar las modalidades técnicas de su implementación. En nuestra doctrina, el tema se ha planteado con cierta simplicidad. Unos abogan por arbitrar la ejecución vía sustitución forzosa de la declaración de voto del deudor por la propia sentencia condenatoria (que hoy debería hacerse al amparo del artículo 708 LEC)²². Otros, en cambio, partiendo del pre-

¹⁷ Imaginemos que la resolución de la junta tenga por objeto liberar al acreedor del pacto parasocial de una obligación o concederle un derecho. La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada impide en ese caso participar en la votación al beneficiario del acuerdo (art. 52.1 LSRL). Pues bien, si el acreedor no puede participar, lógicamente tampoco lo podrá hacer el deudor, llamado a obrar según las instrucciones de aquél. El pacto parasocial no puede utilizarse en fraude a la ley.

¹⁸ El argumento ha sido reelaborado recientemente, con el rigor que le caracteriza, por Zöllner, *ZHR* 155 (1991), págs. 186-187. Es también un argumento frecuentemente esgrimido por la doctrina italiana (véase la ya clásica objeción de Oppo, *Contratti parasociali*, pág. 140).

¹⁹ De nuevo es oportuna en este punto la remisión al viejo estudio de Santini, *Archivio Giuridico*, 1968, pág. 484.

²⁰ Véase Büssemaker, *Stimmbindungsverträge*, págs. 57-58.

²¹ La cuestión no tiene duda en el derecho anglosajón, y ello aunque el *common law* desconoce —como es sabido— la *specific performance*. La ejecución *in natura* de los pactos parasociales se ha reconocido como un *equity remedy* (véase, para Inglaterra, *Russell v. Northern Bank Development Corporation* [1992], 1 *W.L.R.* 588 (*H.L.*), *apud* Büssemaker, *Stimmbindungsverträge*, pág. 261 y, para Estados Unidos (en la vieja jurisprudencia, pues en la actualidad el tema está resuelto legislativamente) Note, «Specific Enforcement of Shareholder Voting Agreements», *Un. Chi. L. Rev.* 15 (1948), págs. 738 ss.. En Alemania, a raíz de dos célebres sentencias del BGH, se ha ido generalizando también una tesis favorable a la ejecución específica (véase, por todos, K. Schmidt, en *Scholz GmbH-Kommentar*, vol. II, 8ª ed., Köln, 1955, S 47, 55 ss, págs. 2126-2128). En Francia parece que igualmente va consolidándose la doctrina afirmativa, aunque es cierto que con mayores resistencias y algunas limitaciones (véase la síntesis que ofrece Büssemaker, *Stimmbindungsverträge*, págs. 241 ss.). Solamente en Italia —como anticipábamos en la nota 13— se advierten dificultades. En nuestra doctrina el tema no ha merecido especial atención, pero los pocos autores que se han ocupado de él abogan igualmente por una solución afirmativa; véase, por ej., F. Vicent-Chuliá, «Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto» en *Estudios homenaje a J. Girón*, Madrid, 1991, pág. 1212; A. Pérez Moriones, *Sindicatos de voto para la junta general de la sociedad anónima*, Valencia, 1996, págs. 468 ss.; véase también la sentencia del TS de 27 de febrero de 1973 (Ar. 1848).

²² Véase, por ej., Vicent Chuliá, *Estudios Girón*, pág. 1240.

supuesto de que la emisión del voto no es un *facere* personalísimo, se inclinan por instrumentarla a través de la designación judicial de un tercero, que actuaría como representante del deudor (lo cual tendría cabida hoy a través del cauce previsto en el artículo 706 LEC)²³. En nuestra opinión, sin embargo, el interrogante planteado requiere una respuesta más matizada, que dependerá en cada caso de cual sea el objeto de la pretensión de cumplimiento. Hay que tener en cuenta en este sentido que la demanda puede dirigirse a forzar al deudor a: (i) votar en un sentido determinado; (ii) votar en un sentido determinable (por ejemplo, de conformidad con la propuesta acordada por el sindicato de voto o según las instrucciones que a tal efecto le imparta el acreedor); o (iii) a no votar en un sentido determinado o abstenerse de votar. En función de ello, consideramos que habrá que elegir la técnica de ejecución forzosa. En el primer caso, deberá recurrirse a la sustitución forzosa de la voluntad del deudor, de conformidad con lo previsto en el artículo 894 LEC; en el segundo caso, habrá de preferirse la técnica de la intimación bajo la amenaza de penas coercitivas prevista en el artículo 709 LEC²⁴ (no parece que pueda recurrirse a la sustitución forzosa, puesto que no estando prefijado el sentido del voto, no puede haber una pretensión a una determinada declaración de voto) y, en el tercero, lo indicado es valerse de la técnica general para la ejecución forzosa de las obligaciones de no hacer (artículo 711 LEC)²⁵.

Por otra parte, es oportuno recordar que la pretensión de cumplimiento puede dirigirse también a obtener la ejecución forzosa de los deberes accesorios necesarios para la emisión del voto y, en concreto: (i) a que se adopten las previsiones que proceden en materia de legitimación para votar; (ii) a que se

considere asistente al deudor; (iii) a que, en su caso, se formule una propuesta de votación; y (iv) a que se ignoren las posibles estrategias obstructivas del deudor.

c) Establecido lo anterior, hemos de agregar que el remedio o remedios que proporciona la acción de cumplimiento, aun siendo impecables en la teoría, resultan poco prometedores en la práctica debido a la secuencia temporal en que han de desarrollarse. Dado que la pretensión de cumplimiento sólo puede ejercitarse cuando se acredita el incumplimiento —y éste normalmente se hará patente en la propia Junta—, generalmente servirá de poco. Para cuando la sentencia firme esté dictada, la Junta general llevará ya algunos meses o años celebrada. No obstante, esto no quiere decir que carezca de utilidad, pues en ciertas ocasiones el incumplimiento puede tenerse por cierto antes de la celebración de la Junta. Por ejemplo: (i) cuando el deudor se niegue a celebrar una Junta —universal o mediante solicitud de convocatoria conjunta con el acreedor al amparo del artículo 105 LSA— con el fin de adoptar un determinado acuerdo; (ii) cuando mediando una trayectoria de reiterados incumplimientos, quiera obtenerse tempestivamente y de cara a una Junta general futura una condena anticipada del socio incumplidor²⁶; (iii) cuando el incumplimiento o el peligro cierto de incumplimiento se haga manifiesto inmediatamente antes de la Junta General —normalmente entre su convocatoria y su celebración²⁷—, aunque en ese caso el recurso a los Tribunales sólo tiene sentido si es posible obtener las correspondientes medidas cautelares. Y esto nos lleva a analizar la tercera cuestión que teníamos pendiente, a saber, la relativa a la posibilidad de obtener cautelarmente la ejecución específica del pacto parasocial²⁸.

²³ Véase Pérez Moriones, *Sindicatos de voto*, págs. 472-475.

²⁴ Aunque es cierto que no se trata de un hacer personalísimo, pues ésta es una calificación que ha de efectuarse en función del interés del acreedor (en esto lleva razón Pérez Moriones), no tiene sentido recurrir a la técnica del hacer no personal (encargo a un tercero), puesto que la prestación no es un *facere*, sino un *volere*.

²⁵ J. Zutt, «Einstweiliger Rechtsschutz bei Stimmbindungen», *ZHR* 155 (1991), págs. 196-198 e *ibi* ulteriores referencias.

²⁶ Se tratará, normalmente, de una condena de prohibición

²⁷ En nuestro ordenamiento, hay datos normativos que permiten anticipar el estado del incumplimiento (y, por tanto, activar las acciones derivadas de él), aún antes de que se haya producido (véanse, por ej., arts. 1503, 1467 CC, etc.). Obviamente, la condena debe solicitarse —y, en su caso, dictarse— para el momento en que deba cumplirse (la Junta) (sobre estos aspectos véase Santini, *Archivio Giuridico*, págs. 489-490).

²⁸ En previsión de estas circunstancias, seguramente puede resultar aconsejable establecer en los acuerdos de accionistas cláusulas arbitrales de urgencia. Nada obsta, en efecto, para que las partes puedan someter sus diferencias a un arbitro o colegio arbitral que deba decidir en un período de tiempo muy limitado (por ej., cinco días).

La posibilidad de obtener medidas cautelares en defensa del pacto parasocial es debatida, aunque paulatinamente va prevaleciendo entre nosotros un criterio favorable²⁹. Los obstáculos tradicionales, fundados en la consideración de que dichas medidas tendrían normalmente un contenido más anticipatorio de la condena futura que garantizador de su efectividad, se han desvanecido en buena medida a raíz de la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 726.2 dispone que el Tribunal podrá adoptar como medidas cautelares «órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte». Por lo demás, ese mismo resultado ya había sido adelantado por la legislación especial en materia de competencia desleal y propiedad industrial (véanse, por ej., artículos 25 LCD; 134 LP; LM; 126 LPI, 30 LGP; etc.) y propiciado por un sector de la doctrina procesal³⁰.

En contra de la viabilidad de esta forma de tutela judicial se ha aducido también el carácter normalmente irreversible de la medida cautelar, pues el estado de cosas creado con la aprobación o, en su caso, con la no aprobación de un acuerdo forzada por la orden de votar en un determinado sentido o de abstenerse de votar ya no puede ser deshecho posteriormente. Esto sería contradictorio con el sentido de las medidas cautelares, que han de adoptarse —como dice el artículo 726.2 LEC— «con carácter

temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento». Y éste es ciertamente un obstáculo difícil de salvar. Nuestra posición es este punto es matizada y, desde luego, la sometemos al criterio que en el futuro prevalezca en la doctrina procesalista. Con todo, pensamos que la reversibilidad, en el sentido de la posibilidad y facilidad de regresar al *status quo* anterior en el caso de que la sentencia anule la medida provisional, no pertenece a la esencia de la medida cautelar, porque en muchas ocasiones legalmente previstas (v., por ej., art. 134 LP) es imposible y porque, en todo caso, lo decisivo es determinar si cabe un *actus contrarius*. No vemos la irreversibilidad como un límite absoluto, sino más bien como un parámetro de valoración. Lo que tiene que examinar el Juez en cada supuesto es si la medida puede causar un perjuicio muy relevante al socio en el caso de que la sentencia final sea absolutoria y valorarlo adecuadamente. No puede perderse de vista tampoco que la denegación de la medida puede conducir a resultados igualmente irreversibles, y esto no parece del todo razonable cuando el *fumus bonis iuris* está de parte del solicitante³¹. El hecho, en fin, de que la sentencia que sustituye a la declaración de voto haya de ser firme —e incluso el hecho de que no sea ejecutable provisionalmente la sentencia no firme (artículo 521.1.2º LEC)— no debe ser obstáculo tampoco para recurrir en vía cautelar a esta técnica. Al fin y al cabo, el auto de medidas cautelares es un pronunciamiento judicial firme.

²⁹ Véase Pérez Moriones, *Sindicatos de voto*, cit., págs. 481-482; en la experiencia comparada, se observa igualmente una evolución favorable: véase, por todos, Zutt, *ZHR* 155 (1991), págs. 199-203 y, para un panorama más general, Büssemaker, *Stimmbindungsverträge*, págs. 324-325.

³⁰ Véase, por ej., M.P. Calderón Cuadrado, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, págs. 128 ss. Con todo, no podemos ignorar que incluso bajo la vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, un sector muy autorizado de la doctrina aboga por una interpretación limitativa del ámbito de la tutela cautelar, con arreglo a la cual deberían rechazarse las medidas «agresivas» (se califican así las medidas anticipatorias, dirigidas no tanto a asegurar la ejecución futura cuanto a adelantarla). La Ley habría confundido la tutela sumaria y la tutela cautelar y, por esta razón, los jueces estarían llamados a desactivar el mensaje del art. 726.2 LEC (v. Fernández-Ballesteros, *Ejecución forzosa y medidas cautelares*, págs. 685-693; y, menos vehementemente, Cordon Moreno, *Proceso de ejecución*, págs. 445-447). Es cierto que la nueva Ley no ha regulado adecuadamente la tutela sumaria, pero esta circunstancia no debe servir de pretexto para recortar el alcance de las medidas cautelares. Más bien ha de servir de acicate para alargarlo, de modo que —aunque sea parcialmente— se supla el déficit legal denunciado. Lo contrario lleva a supeditar —al modo de la vieja *Begriffsjurisprudenz*— la satisfacción de las necesidades derivadas de la tutela judicial efectiva a la exigencia conceptual de delimitar adecuadamente el campo de la justicia provisional y de las medidas cautelares. Por lo demás, la propia Ley contiene criterios de prudencia que impedirán que se haga uso de las medidas «agresivas» más allá de lo estrictamente necesario. Nos referimos a la exigencia de que el Juez elija la medida cautelar menos onerosa para el demandado, cuando quepa adoptar varias, y de que refleje en la cuantificación de la fianza su gravedad (art. 728.3 LEC).

³¹ Para un desarrollo de estas ideas véase Zutt, *ZHR* 155 (1991), pág. 201; H. Von Gerkan, «Gesellschafterbeschlüsse, Ausübung des Stimmrechts und einstweiliger Rechtschutz», *ZGR* 1985, págs. 171 ss.; Büssemaker, *Stimmbindungsverträge*, págs. 70 ss.

2.3. La acción de remoción

De las consideraciones realizadas en el apartado precedente se desprende la conclusión de que, a pesar de todo, la posibilidad de obtener la ejecución forzosa de un pacto parasocial es, en la mayoría de los casos, más teórica que práctica. No obstante, la sola posibilidad teórica de ejercitar la pretensión de cumplimiento se revela muy importante prácticamente, puesto que nos abre algunas puertas que pueden resultar muy productivas para un eficaz *enforcement* de los convenios de voto y otros pactos parasociales de similar significación. La primera de ellas nos lleva a la denominada *acción de remoción*, específicamente contemplada en el último inciso del artículo 1098II CC («Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho») ³². El recurso a este remedio procederá cuando el socio demandante tenga interés en revocar el acuerdo que se adoptó mediante el voto emitido por el socio incumplidor en violación del pacto o en volver a someter a la consideración de la Junta la propuesta de acuerdo que no fue adoptada a causa del voto negativo del socio incumplidor. En nuestra opinión, uno y otro resultado pueden alcanzarse mediante la acción de remoción, que se dirige a eliminar el estado de cosas causado por el incumplimiento. El hecho de que sea posible solicitar el cumplimiento *in natura* de las obligaciones que consistan en no emitir o en emitir una determinada declaración de voluntad, necesariamente ha de llevarnos a admitir la posibilidad de remover o deshacer «lo mal hecho» mediante una prohibición de votar o mediante la sustitución coactiva de la voluntad del socio que ha incumplido por el órgano judicial ³³. Se trataría de pedir al Juez que condene al demandado a emitir su voto o a que éste sea reemplazado por la sentencia,

en la Junta general que habría de convocarse, una vez obtenida la sentencia, para someter a la consideración de los accionistas la revocación del acuerdo adoptado o la adopción del acuerdo previamente omitido ³⁴. Como es natural, la viabilidad de la acción de remoción puede verse neutralizada por la excepción de imposibilidad, que prosperará cuando existan derechos de terceros —especialmente de socios no vinculados por el pacto parasocial— que puedan verse afectados, o por razones de simple oportunidad. El paso del tiempo, como fácilmente puede imaginarse, habrá privado en muchos casos de interés a la remoción.

La otra puerta que nos abre el reconocimiento de la ejecución específica conduce al instrumento más valioso para la defensa de los pactos parasociales. Pues, en efecto, la sola existencia de la posibilidad legal de obtener su cumplimiento *in natura* nos alerta acerca de la necesidad de simplificar el *iter* procesal admitiendo en algunos casos la oponibilidad directa del pacto a la sociedad, en los términos que luego se dirán (véase *infra* 3.3).

2.4. Los remedios resolutorios

Los pactos parasociales pueden protegerse, además, con los remedios resolutorios que brinda el derecho de los contratos para deshacer los compromisos en caso de incumplimiento de la contraparte y en los supuestos de imposibilidad, no exigibilidad del acuerdo *ex bona fidei*, alteración sobrevinida de las circunstancias, etc. La mirada ha de dirigirse fundamentalmente a la regulación de la denuncia contenida en la disciplina de la sociedad civil, por ser éste el tipo o modelo contractual en el que de ordinario habrán de encuadrarse los pactos paraso-

³² Sobre ello, véase Verdera Server, *Cumplimiento forzoso de las obligaciones*, págs. 85 ss.

³³ En el derecho alemán se emplea un argumento similar, aunque las medidas se califican más como resarcimiento *in natura* que como acción de remoción (véase, por ej., K. Schmidt, en *Scholz GmbH-Gesetz*, 8ª ed., Köln, 1995, vol. II, S 47, 60, págs. 2129-2130); en nuestra doctrina, no faltan tampoco quienes califican la acción de remoción del 1098 CC como resarcimiento *in natura* (véase F. Badosa Coll, «Comentario del art. 1098», en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1991, pág. 30). Desde el punto de vista práctico, la diferencia fundamental de optar por una u otra calificación reside en los presupuestos de la acción. En efecto, si la acción de remoción se califica como acción de cumplimiento —según pensamos— no es preciso probar el daño ni la imputación subjetiva al acreedor del incumplimiento, aspectos que, sin embargo, habrá que acreditar si se la califica de resarcimiento (sobre los diferentes presupuestos de uno y otro remedio contractual nuevamente resulta obligado remitir a Pantaleón, *ADC* 44 (1991), págs. 1019 ss., esp. 1043 ss.).

³⁴ Para ello, necesariamente el socio demandante habrá de tener garantizada la posibilidad de solicitar la convocatoria de una Junta por sus propios medios (por ej., disponiendo del 5% del capital: véase arts. 100.2 LSA y 45.3 LSRL).

ciales³⁵. De conformidad con ello, en los pactos concertados por tiempo indefinido, las partes dispondrán de la facultad de terminación *ad nutum*, a no ser que, en atención a las circunstancias del caso y al sentido del vínculo, se juzgue que el compromiso debía durar mientras permaneciese la participación en la compañía a que se refieren los pactos (esto último al amparo del artículo 1705.I CC *in fine*)³⁶. En todo caso, las partes disponen de la facultad de denuncia extraordinaria, que puede ser hecha efectiva siempre y cuando concurra un «justo motivo», y «justo motivo» lo es siempre el incumplimiento sustancial de la contraparte (artículo 1707 CC). El derecho de denuncia puede transformarse contractualmente —y, a menudo será recomendable hacerlo— en un derecho de separación de la parte que padece la perturbación y también en un derecho de exclusión de la parte que motiva la perturbación³⁷. Naturalmente, nos referimos a la separación y exclusión de la sociedad interna en que se sustancia el pacto, no a la separación y exclusión de la sociedad externa respecto de la cual se ha concertado, que no pueden alcanzarse directamente debido a la imposibilidad de aprovecharse de los mecanismos de *enforcement* de la persona jurídica para hacer efectivos los pactos parasociales. No obstante, el resultado puede conseguirse indirectamente mediante la previsión de un *call* (exclusión) o de un *put* (separación) en los términos que enseguida se dirán.

2.5. Una referencia a los mecanismos de autotutela

No hace falta decir que, con independencia de los remedios generales a que se ha hecho referencia en los apartados anteriores, las partes pueden reforzar sus compromisos mediante la previsión de ulteriores mecanismos de *enforcement* o garantía que les den seguridad acerca del cumplimiento de los pactos parasociales. En la práctica, la forma más simple de hacerlo es mediante la inserción de cláusulas penales, a las que ya se ha aludido³⁸ o con instrumentos de similar significación: por ejemplo, la atribución de un *put* o de un *call* frente al incumplidor, en cuya virtud éste quede obligado a adquirir las participaciones de quien lo ejercita o a transferir las suyas propias a favor de quien lo ejercita a precios disuasorios, en el primer caso por encima del precio de mercado y en el segundo, por debajo.

Los mecanismos privados de *enforcement* que proveen de fuerza autoejecutiva a los pactos parasociales se han prologado especialmente en el campo de los sindicatos de voto. Las formas de instrumentación son muy variadas³⁹. Las más simples consisten en apoderar al gestor del sindicato —al síndico— para la emisión del voto (mandato colectivo). Las limitaciones de esta modalidad no proceden —como suele pensarse— de la revocabilidad de la delegación de voto⁴⁰, sino de la necesidad de formalizarla para cada junta general (artículo 106.2 LSA). Podría evi-

³⁵ No se olvide que normalmente los pactos para sociales son sociedades civiles internas (así sucede, desde luego, con los convenios y sindicatos de voto): véase C. Paz-Ares, en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1991, pág. 1399.

³⁶ En general, véase M. Klein, *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, págs. 121 ss.

³⁷ Sobre esta problemática, véase Paz-Ares, *Comentario del Código Civil*, cit., II, págs. 1506 ss.

³⁸ Su licitud en el contexto de pactos parasociales y aun de pactos estatutarios es indiscutible (véanse la sentencia del TS de 27 de septiembre de 1961 —Ar. 3029/61— y la RDGRN de 6 de junio de 1992 —Ar. 5728/92—).

³⁹ Ofrecen un amplio elenco de estos mecanismos Vicent-Chuliá, *Estudios Girón*, págs. 1238 ss. y Pérez Moriones, *Los sindicatos de voto*, págs. 485 ss.

⁴⁰ Los tratadistas suelen indicar que esta estructura de blindaje es muy débil en nuestro derecho debido al carácter esencialmente revocable de la delegación de voto que consagra el art. 106.3 LSA (véanse Vicent-Chuliá, *Estudios Girón*, págs. 1441-1442; L. Fernández del Pozo, «Licitud del pacto estatutario del pacto estatutario que en caso de sindicación de acciones atribuya al comisario o síndico la legitimación para asistir y votar en la junta general», *RDBB* 45 (1992), págs. 109 ss.; Pérez Moriones, *Sindicatos de voto*, cit., págs. 518-520 con más indicaciones). No obstante, me parece que este criterio generalizado en nuestra doctrina no puede compartirse sin alguna reserva. La delegación de voto es revocable, no por ser «delegación de voto», sino por ser «representación». Este es el principio general (arts. 1732 CC y 279 C de C). Ahora bien, en los casos en que el poder se confiera conjuntamente en virtud de un pacto entre los mandantes, parece razonable entender que a revocación ha de ser conjunta (por eso precisa L. Díez-Picazo, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 306, que en estos casos, en rigor, «no es un problema de revocabilidad o irrevocabilidad, sino una cuestión de determinación de los requisitos de la revocación»). El representante no puede someterse al criterio individual de un representado. El caso es similar al del «testa-

tarse mediante cesión legitimadora (entrega de títulos al portador; endoso con fines de mandato de títulos nominativos, transferencia contable de anotaciones en cuenta, etc.)⁴¹. Las formas de instrumentación más complejas se articulan transfiriendo (parcial o totalmente) la titularidad de las acciones sindicadas: o bien se constituye una comunidad o copropiedad de acciones cuya representación se encomienda al síndico (véase artículo 66 LSA); o bien se le transmiten fiduciariamente; o bien se pignoran confiándole a él su depósito y custodia.

Este último caso quizá merezca un comentario adicional. La prenda sobre las acciones sindicadas se constituye en favor del sindicato de accionistas en garantía de las obligaciones asumidas mediante el pacto de sindicación. Como el sindicato carece de personalidad jurídica, cada uno de los accionistas sindicados será acreedor pignoraticio frente a los restantes accionistas sindicados en lo que constituiría un supuesto de co-titularidad del derecho de prenda. Por tanto, a tenor del artículo 66 LSA, habrá que designar a una sola persona —al síndico— para el ejercicio del derecho de voto. Para ello, como es natural, será preciso que los estatutos sociales reconozcan expresamente que el ejercicio del derecho de voto corresponde a los acreedores pignoraticios o a sus representantes, cosa que, en nuestro ordenamiento, es perfectamente posible (véase artículo 72 LSA)⁴².

Obviamente las formas más sofisticadas y complejas de sindicación de voto consisten en la aportación de las acciones sindicadas a una sociedad dotada de personalidad jurídica y estructurada para que su órgano de administración ejerza de una manera unifi-

cada la influencia en la sociedad objetivo mediante el voto de las participaciones agrupadas.

3. ENFORCEMENT DE LOS PACTOS PARASOCIALES EN RELACIÓN A LA SOCIEDAD

Hasta el momento hemos analizado el *enforcement* de los pactos parasociales entre partes, con arreglo a los principios y reglas del derecho común de las obligaciones y de los contratos. Corresponde ahora examinar la cuestión del *enforcement* en relación de la sociedad, que se revela algo más compleja. El problema básico con que nos enfrentamos consiste en discernir si las partes pueden echar mano de los mecanismos de *enforcement* que proporciona el derecho de sociedades para lograr la efectividad del pacto parasocial, y para ello hemos de tratar los siguientes aspectos: (i) el significado general de la regla de inoponibilidad; (ii) la ruptura de la oponibilidad en nuestra experiencia jurídica; (iii) el fundamento dogmático de dicha ruptura; y (iv) las vías disponibles en el ámbito de la autonomía estatutaria para extender el *enforcement* societario a los pactos parasociales.

3.1. Tesis general derivada del principio de inoponibilidad

El punto de partida de nuestro análisis nos lleva a recordar algo que decíamos al principio de este trabajo, y es que lo característico de los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica —de la sociedad anónima o, en su caso, de la sociedad limitada— a que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben. La no integración de los pactos parasociales en el ordenamiento de la persona

mento mancomunado». Y cuando el representante sea miembro del sindicato de voto, con más razón. La irrevocabilidad se justificará entonces porque la representación está hecha también en interés del representante (mandato *in rem suam*) (en el derecho comparado la cuestión no ofrece dudas: v., entre tantos, Torino, *I contratti parasociali*, cit., págs. 325 ss.). Nuestra jurisprudencia lo tiene reconocido igualmente (véanse las sentencias del TS de 22 de mayo de 1942; de 1 de diciembre de 1944; de 12 de junio de 1947; de 3 de junio de 1950; de 2 de septiembre de 1961; de 20 de junio de 1981; de 31 de octubre de 1987; de esta última extraemos el siguiente fragmento, que justifica la irrevocabilidad: «cuando el mandato no es simple expresión de una relación de confianza o del simple interés del mandante, sino que corresponde a exigencias del cumplimiento de otro contrato en el que están interesados, no sólo el mandante o representado sino también el mandatario y terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser, y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados»).

⁴¹ Sobre la cuestión véase Fernández del Pozo, *RDBB* 45 (1992), págs. 104 ss. y Caballería Gómez, *AAMN* 36 (1997), págs. 149-150.

⁴² Para una explicación detallada de la articulación de la prenda en garantía de un sindicato de voto y de su inserción en los cauces previstos en los arts. 1857 CC y ss., véase Vicent-Chuliá, *Estudios Girón*, págs. 1244-1246.

jurídica determina que queden privados de la eficacia organizativa del contrato de sociedad, también llamada eficacia externa o eficacia real. Y esto significa, entre otras cosas: (i) que no se propaguen a los miembros y órganos de la persona jurídica (por ejemplo, no vinculan a los nuevos socios de la sociedad o a sus administradores, cuya intervención pudiera eventualmente reclamarse para hacerlos efectivos); (ii) que no puedan ser hechos valer frente a terceros (por ejemplo, una cláusula parasocial de prelación no resulta oponible al tercero que adquiere de buena fe una participación vinculada o un pacto sobre la distribución de dividendos no puede oponerse al tercero que embargue la participación del socio); y, sobre todo, (iii) que no puedan aprovecharse de los instrumentos de *enforcement* de la persona jurídica para sancionar su incumplimiento (por ejemplo, no cabe excluir de una sociedad limitada al socio que infrinja una obligación de no competencia asumida en un pacto parasocial; ni impugnar un acuerdo social por infracción de un convenio de voto; ni instar la disolución judicial de la sociedad por haberse producido una circunstancia extintiva prevista en los acuerdos parasociales; ni denegar la inscripción en el libro registro de una transmisión hecha en violación de un pacto parasocial; etc.). Estas conclusiones se basan, como decimos, en la naturaleza estrictamente obligatoria de los pactos parasociales y, por si hiciera falta, se desprenden directamente de la regla general de inoponibilidad sentada por los artículos 7.1III LSA y 11.2 LSRL. El presupuesto de que parte nuestro legislador —y, en general, los legisladores europeos— es que existe una tajante separación, un abismo entre el contrato de sociedad y los pactos parasociales, que obliga a dejar a

la sociedad totalmente al margen de dichos pactos⁴³. Ni la sociedad puede hacer efectivos los pactos parasociales frente a los socios, ni los socios pueden hacerlos efectivos frente a la sociedad. El resultado más llamativo es que los actos societarios hechos en contravención de un pacto parasocial resultan válidos y eficaces. No obstante —y éste es el núcleo de la controversia actual—, hay muchos casos en que la regla general de separación se resquebraja, alguno de ellos fáciles y otros ciertamente difíciles.

a) Los casos fáciles están representados, una vez más, por los *pactos de atribución*, en los que los socios asumen la obligación de procurar ventajas a la sociedad, tales como concederle préstamos, abstenerse de competir con ella, reintegrar sus pérdidas o otorgarle un derecho de adquisición preferente en caso de venta de participaciones. La cuestión que se plantea en estos supuestos consiste en discernir si la sociedad puede reclamar directamente de los obligados el cumplimiento de sus obligaciones invocando los pactos parasociales. La respuesta al interrogante planteado ha de ser, con carácter general, resueltamente afirmativa, y ello aun cuando la sociedad no haya suscrito el pacto (lo que, en todo caso, es aconsejable desde el punto de vista práctico). La vía de *enforcement* nos la proporciona la figura del contrato a favor del tercero (artículo 1257II CC), cuyo campo de aplicación —según hoy es pacífico— no está limitado a supuestos excepcionales⁴⁴. La sociedad, en su condición de beneficiaria del pacto de atribución, adquiere el derecho desde el mismo momento en que el pacto es concertado. La aceptación sólo es necesaria para evitar la revocación. El tema no plantea hoy en día mayor dificultad, por lo que huelga cualquier comentario ulterior⁴⁵.

⁴³ La cuestión no tiene vuelta de hoja en nuestra doctrina: véase, por ej., J. Garrigues, «Los sindicatos de voto», *RDM* 1955, págs. 96, 101-102; Mambrilla, *RDM* 1986, págs. 322-325; R. Uría, A. Menéndez y J.M. Muñoz Planas, *La Junta General* en R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, vol. VII, Madrid, 1997, págs. 172-173; Vicent-Chuliá, *Estudios Girón*, pág. 284; V.M. Garrido Palma, «La sociedad anónima y los pactos reservados entre los socios», en AA.VV., *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1989, pág. 78; etc. En este aspecto, podríamos decir que nos encontramos en un estadio de evolución menos desarrollado que el alcanzado por aquellos ordenamientos —me refiero, en particular, al de algunos Estados norteamericanos— que, finalmente, han acabado por reconocer la entrada de los pactos parasociales en el corazón del derecho de sociedades. Puede ser representativo de este movimiento la *section 7.32 (a)* de la *Revised Model Business Corporation Act*, que reconoce que «an agreement among the shareholders of a corporation [...] is effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more provisions of this Act». Lo único que se pide es que el acuerdo conste, al menos, «in a written agreement that is signed by all persons who are shareholders at the time of the agreement and is made known to the corporation» (*sect. 7.32 (b) (1)*).

⁴⁴ Véase, por todos, Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, págs. 432-433.

⁴⁵ El lector interesado sobre esta problemática puede consultar, en la literatura más reciente, la monografía de C. Pérez Conesa, *El contrato a favor de tercero*, Granada, 1999.

b) Algo similar puede decirse respecto de los *pactos de relación*. Como sabemos, estos pactos se desenvuelven normalmente en el estricto ámbito interno de los socios y no tienen incidencia o proyección en el ámbito externo de la sociedad. Nada obsta, sin embargo, para que puedan fundamentar pretensiones directas frente a ella sobre la base del derecho común de las obligaciones. Para ilustrarlo podemos servirnos del ejemplo de los pactos de redistribución de dividendos. Con alguna frecuencia nos encontramos con acuerdos en cuya virtud los socios reconocen a favor de uno o varios de ellos —normalmente aquellos que han realizado una contribución especial a la sociedad (por ejemplo, le han aportado una patente o le han prestado fondos para facilitar su saneamiento en un momento de crisis)— el derecho a obtener una parte de los beneficios que les corresponden de acuerdo con las reglas legales o estatutarias. Pues bien, en principio, el beneficiario o beneficiarios de esta clase de pactos no disponen de una acción directa contra la sociedad para que abone en su cuenta los dividendos que les corresponden en el ámbito parasocial. Nada obsta, sin embargo, para que el pacto parasocial incorpore o se interprete en el sentido de que incorpora una cesión anticipada del derecho al dividendo y, en ese caso, si dicha cesión es notificada a la sociedad, permite al socio cesionario reclamar el pago a la sociedad y a la sociedad atender el pago liberándose frente a los socios cedentes, todo ello en virtud del mecanismo de la cesión de créditos (artículos 1526 CC y siguientes y 349 C de C)⁴⁶.

c) Los casos difíciles se presentan por lo regular con los *pactos de organización*, cuando uno o varios socios los invocan y tratan de hacerlos efectivos fren-

te a la sociedad sea para impugnar un acuerdo adoptado por un órgano social en contravención del pacto, sea para forzar a la sociedad a admitir la legitimación de una persona que no se funda en el contrato de sociedad sino en el propio pacto parasocial, sea para no aplicar una cláusula estatutaria a un supuesto excepcionado en un pacto parasocial, sea para reclamar de la sociedad el cumplimiento de una obligación prevista a su cargo en el pacto parasocial, etc., etc. En cualquiera de estos supuestos, la respuesta que cabe esperar del ordenamiento es negativa. La imposibilidad de lograr el *enforcement* de los pactos parasociales contra la sociedad se funda, como decíamos, en su naturaleza estrictamente obligatoria, en la propia voluntad de los socios de segregarlos del contrato de sociedad (bien sea porque no han querido o porque no han podido incluir sus previsiones en los estatutos) y, en definitiva, en la inoponibilidad a la sociedad de dichos pactos. Basta, en efecto, con aplicar el artículo 7.111 LSA o el artículo 11.2 LSRL. La solución no tiene vuelta de hoja cuando las partes del pacto parasocial y las partes del contrato de sociedad no coinciden⁴⁷. Sin ir más lejos, lo impide el principio de relatividad del contrato consagrado por el artículo 1257II CC. Es manifiesto, en este sentido, que la falta de coincidencia entre uno y otro círculo de personas — las partes de la sociedad y las partes del pacto parasocial— determina la necesidad de considerar a la sociedad como un tercero en sentido material respecto de los firmantes del acuerdo. Desde el momento en que la imputación de la persona jurídica es indivisible, ésa es la única manera de no afectar sin su consentimiento la esfera de aquellas partes del contrato de sociedad que no han sido parte del pacto parasocial⁴⁸.

⁴⁶ Ha de advertirse que la cesión anticipada de parte o de todos los dividendos que la junta pueda acordar no viola la prohibición de desdoblamiento (véase, por todos F. Pantaleón, *Copropiedad, usufructo, prenda y embargo*, en R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, vol. IV-3, Madrid, 1992, págs. 27-28). Obviamente, tampoco es objetable el hecho de que la cesión tenga por objeto créditos futuros, según se desprende del art. 1274 CC (sobre este aspecto, véase F. Pantaleón, «Cesión de créditos», *ADC* 1988, págs. 1094-1096 y 1124-1125).

⁴⁷ Hay algunos autores que vienen pregonando la idea de que los pactos parasociales resultan oponibles a la sociedad cuando la propia sociedad sabe de ellos o, al menos, cuando los suscribe y pasa a ser —no se sabe muy bien a qué título— parte (véase, por ej., A. Tapia Hermida, «comentario del artículo 7», en F. Sánchez Calero (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, Madrid, 1997, págs. 253-254; R. Cabanas Trejo y R. Bonardell Lenzano, en I. Arroyo y J.M. Embid Irujo (dirs.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, Madrid, 2001, pág. 101; etc.). El planteamiento, sin embargo, resulta altamente discutible. La oponibilidad de los pactos nada tiene que ver con el conocimiento, ni siquiera con el consentimiento de la sociedad.

⁴⁸ Técnicamente, esto se comprende bien desde una concepción analítica de la persona jurídica (véase, para una primera aproximación, C. Paz-Ares, «La infracapitalización de sociedades», *ADC* 1981, págs. 1596 ss. y, más recientemente, C. Paz-Ares, «Atributos y límites de la personalidad jurídica», en R. Uría y A. Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Madrid 1999, págs. 527 ss.).

3.2. Ruptura del principio de inoponibilidad en nuestra experiencia jurídica

Ahora bien, esta doctrina se vuelve frágil y quebradiza cuando las partes del pacto y las partes del contrato de sociedad son exactamente las mismas. Elementales exigencias de la razón jurídica invitan a pensar, en efecto, que en tales circunstancias no puede apelarse a la autonomía o separación formal de uno y otro cuerpo de reglas para dar licencia al incumplimiento. La cuestión está sujeta a enorme controversia en nuestra experiencia jurídica. No obstante, puede afirmarse que paulatinamente va prevaleciendo la idea de que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad cuando *todos* los socios forman parte de él⁴⁹. La jurisprudencia ha tenido ocasión de orientarse en esta misma dirección según tendremos ocasión de comprobar inmediatamente⁵⁰. Lo que en todo caso interesa destacar es que tanto la doctrina como la judicatura han alcanzado la referida conclusión de una manera más bien intuitiva, con una gran dosis de intuicionismo, voluntarismo y hasta decisionismo, recurriendo a argumentos escasamente elaborados o a expedientes excesivamente genéricos. Los más socorridos son los que procuran: (i) la ficción de la existencia de una junta general en la celebración del pacto parasocial;

(ii) la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica; y (iii) el principio de la buena fe y de interdicción del abuso del derecho⁵¹:

a) El caso *Munaka*⁵² ejemplifica de forma paradigmática el recurso a la *ficción de la existencia de una junta universal*. Los hechos pueden resumirse así. Los cuatro accionistas de Munaka —dos hermanos, su madre y la esposa de uno de ellos— firman un contrato por el que deciden proceder a la reducción del capital y posterior disolución de la sociedad. No obstante, en la Junta general que celebran dos meses más tarde, no sólo omiten reducir el capital, sino que, para más «inri», acuerdan ampliarlo. El acuerdo se adopta por mayoría de los socios con la oposición de un hermano. El socio disconforme impugna la ampliación de capital por contravenir el pacto concertado por todos los socios dos meses antes, lo que —se afirma— lo hace contrario al interés social. El Tribunal Supremo anula la ampliación de capital hecha en contravención del pacto parasocial y declara que es exigible frente a la sociedad el cumplimiento del pacto por el que los socios se habían comprometido a reducir el capital. No obstante, para llegar a esta conclusión, el Tribunal, en lugar de considerar —como aquí se propondrá— que cuando coinciden partes del pacto y

⁴⁹ En este sentido, véase, entre otros, J. F. Duque, «Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, vol. I [La fundación], Madrid, 1991, págs. 88-89; F. Tapia Hermida, «Comentario al art. 7», en Sánchez Calero (dir.) *Comentarios de la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, cit., págs. 250-253; F. Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, 12ª ed., Valencia, 1999, pág. 247; R. Cabanas Trejo y R. Bonardell Lozano, «Comentario al art. 11», en I. Arroyo y J.M. Embid Irujo (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, pág. 125; J.L. Fernández Ruiz, *La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 2000, pág. 40; A. Pérez Moriones, *Sindicatos de voto*, cit., págs. 483-485; C. Paz-Ares, «Atributos y límites de la personalidad jurídica», en A. Menéndez y R. Uría, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, cit., pág. 556; Miquel Rodríguez, *La sociedad conjunta*, cit., págs. 318-319; y, sobre todo, J.M. Blanco, *La impugnación de acuerdos sociales*, tesis inédita, Madrid, 1999, sec. 6ª; a quien se debe el análisis más depurado.

⁵⁰ A veces se menciona en contra de esta tendencia la sentencia del TS 10 de octubre de 1962 (Ar. 3793), en el que no se acepta la impugnación de un acuerdo social por infracción de un pacto parasocial de sus dos únicos socios. Una lectura atenta de la resolución indica, sin embargo, que el parecer del Tribunal es más bien el contrario. El administrador de la sociedad convoca junta. El otro socio considera que la convocatoria de la Junta sin su consentimiento constituye una infracción del apartado j) del convenio de sindicación, según el cual el administrador «recabará el consentimiento expreso de D. Francisco M. T. para todos los actos decisivos que afecten a la sociedad» y, por ello, insta la anulación de los acuerdos adoptados en la Junta. El Tribunal Supremo desestima la pretensión, pero no por considerar que el pacto es inoponible a la sociedad, sino porque entender que «la interpretación natural de la referida cláusula debe ser la de que alcanza todos los actos que afecten a la marcha o desenvolvimiento de la actividad social, pero no puede llegar a supeditar la convocatoria de una Junta para resolver sobre la disolución de la sociedad, que puede ser impuesta [...] por imperativo del precepto del núm. 3 del artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas si concurren las circunstancias de hecho determinantes de tal acuerdo».

⁵¹ También es verdad que, en ocasiones, la anulación del acuerdo se declara sin mayores justificaciones, apelando simplemente al incumplimiento del pacto: véase, por ej., la sentencia del TS de 28 de septiembre de 1965 (Ar. 4056).

⁵² Sentencias del TS de 26 de febrero de 1991 (Ar. 1600) y de 10 de febrero de 1992 (Ar. 1204).

miembros de la sociedad carece de sentido aferrarse a la regla de la inoponibilidad, recurre al artificio o ficción de que el pacto parasocial constituye un acuerdo informal de Junta universal y que, por tanto, al ser un acuerdo societario, vincula a la sociedad⁵³. En todo caso, debe observarse que el alto Tribunal resta importancia a la calificación técnica del supuesto. De hecho, en un determinado momento señala:

«aunque se estimase que tal acuerdo [de reducción de capital y disolución] no fue tomado en Junta General de accionistas de “Munaka, S.A.” y que, por tanto, no es un acuerdo social, es claro que concurriendo en el mismo los requisitos esenciales para la validez de los contratos del artículo 1261 del Código Civil, tal convenio tiene fuerza obligatoria entre los que lo suscribieron y deben ser cumplidos a su tenor (artículo 1901), dando cumplimiento no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley»⁵⁴.

b) El caso *Hotel Atlantis Playa*⁵⁵ puede servirnos para ilustrar el empleo de la *doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica* para abrir brecha en la regla de la inoponibilidad. El pacto parasocial relevante en este caso era un pacto de fiducia, mediante el cual el socio titular del 100% del capital —el «socio único»— reconoce que los derechos correspondientes al 13% del capital corresponden a la Sra. Jeanne Antoinette B. El reconocimiento queda reflejado en un acuerdo meramente privado, pues *ad extra* y, desde luego, en los libros de la sociedad, la única persona que aparece como accionista es el «socio único». Así las cosas, se convoca y celebra una Junta General el día 24 de diciembre de 1984, a la que únicamente asiste el «socio único» y en el que se adoptan varios acuerdos de importancia (modificaciones estatutarias, nombramiento de gerente, etc.). Los acuerdos son impugnados por la Sra.

Jeanne Antoinette B. por considerar que contravienen el artículo 14 de los Estatutos, a tenor del cual los acuerdos de la Junta general requerirán, para su aprobación, «el voto favorable de dos socios como mínimo, sin que pueda estimarse existente el adoptado con el voto de un solo socio, aunque en él se reúnan la mayoría de las acciones a no ser en los casos permitidos en que la sociedad tenga un solo socio». La sociedad se defiende aduciendo que frente a ella existe un solo socio —el que venimos llamando «socio único»— y que el pacto parasocial fiduciario no le es oponible al amparo de lo previsto en el artículo 7 LSA. El Tribunal Supremo estima la demanda de impugnación argumentando que los pactos privados son oponibles a la sociedad cuando ésta no pueda considerarse, en atención a la realidad de sus socios, un tercero ajeno e independiente. La base jurídica la encuentra en la tesis de la desestimación de la personalidad jurídica. En estos términos se produce el alto Tribunal:

«En varias sentencias, y en conformidad con la mejor doctrina, esta Sala no ha vacilado en apartar el artificio de la Sociedad anónima para decidir los casos según la realidad, y así, la Sentencia de 5 de mayo de 1958 prescindió de haberse constituido una Sociedad anónima para hacer prevalecer el principio ético de que «nadie puede desposeer a otro sin la voluntad del despojado y por su propia decisión, cualquiera que sea el medio aparentemente empleado» y la de 28 de mayo de 1984 sienta la tesis general de que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), la práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por

⁵³ La doctrina del caso *Munaka* se considera normalmente como *leading case* exponente de la posibilidad de hacer valer frente a la sociedad la violación de un pacto parasocial con el fin de lograr la impugnación de un acuerdo (véase, por todos, Pérez Moriones, *Sindicatos de voto*, cit., págs. 483-485).

⁵⁴ La explicación es comprensible dada la debilidad del argumento principal. No hace falta decir, que aun aceptando la ficción, el argumento hace agua. Nada obsta, en efecto, para que una junta posterior revoque un acuerdo adoptado en una junta anterior (ar. ex art. 115.3 LSA). El hecho de que el primer acuerdo hubiese sido adoptado por unanimidad y el segundo —el acuerdo revocatorio— por mayoría resulta irrelevante. El principio de mayoría consagrado por el art. 93 LSA exige otorgar a todos los acuerdos la misma fuerza, con independencia de la base accionarial que los apoye en cada caso.

⁵⁵ Sentencia del TS de 24 de septiembre de 1987 (Ar. 6194).

supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (artículo 10 de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (artículo 7.2 del Código Civil). Más recientemente la Sentencia de 27 de noviembre de 1985 consideró que el sujeto pasivo de la deuda reclamada era el demandado y no la Sociedad de que era único socio y ello con independencia de la apariencia jurídica creada con la Constitución de tal ente colectivo. Últimamente, la Sentencia del 9 de julio de 1986 prescindió de la forma social, por «La particular composición de la Sociedad recurrente» (tres socios, componentes del Consejo de Administración). En el caso ahora justiciable, la aparatosa convocatoria mediante los anuncios del artículo 53 de la Ley, de una Junta General Extraordinaria de Sociedad anónima constituida reconocidamente por dos únicos socios que se hallan ligados por los pactos recordados, no puede servir, en perjuicio de la impugnante que es uno de ellos dos, para que el otro se evada de estos pactos que constituyen, artículo 1091 del Código Civil, la particular ley de los contratantes, la que no puede quedar, artículo 1256, al arbitrio de uno de ellos.»

c) El caso *Promociones Keops*⁵⁶ constituye un ejemplo muy elocuente del recurso a *la figura del abuso del derecho*. Para obtener la financiación bancaria que necesitaba, el accionista único de una sociedad se ve en la necesidad de constituir una prenda sobre la totalidad de las acciones. Los estatutos de la sociedad atribuían el derecho de voto al acreedor pignoraticio. No obstante, las partes pactaron en el contrato de prenda —un pacto parasocial a efectos de nuestra discusión— que los derechos políticos corresponderían al deudor pignoraticio. En un determinado momento de la relación, el acreedor pignoraticio, amparándose en la disposición estatutaria que le confiere el derecho de voto y en el hecho de que el contrato de prenda —como acuerdo privado que es— es inoponible a la sociedad, celebra

una Junta general y adopta una serie de acuerdos que el deudor prendario estima lesivos para sus intereses. El Registrador deniega la inscripción de los acuerdos adoptados en la mencionada Junta formalmente bien constituida, aduciendo genéricamente actuación de mala fe del acreedor pignoraticio titular de todos los derechos de voto. La Dirección General de los Registros confirma el criterio. Comienza recordando la regla general de la inoponibilidad de los pactos privados al establecer que «frente a la sociedad habrá de mantenerse la eficacia de la actuación realizada por quienes estatutariamente aparecen legitimados [en nuestro caso, el acreedor pignoraticio], aun cuando sustantivamente carezcan de poder o facultad para ello [por así establecerlo el acuerdo privado]. No obstante, dada la singular circunstancia de que en el supuesto examinado se verifica la existencia de identidad o coincidencia subjetiva entre todas partes del pacto y todos los miembros de la persona jurídica —es decir, que no hay otros socios distintos del que ha suscrito el contrato de prenda reservándose el derecho— considera abusiva la actuación del acreedor pignoraticio por vulnerar frontalmente el compromiso contractualmente adoptado de reconocer que los derechos de voto deberían seguir ostentándose por el deudor (artículo 7.2 CC). He aquí los términos en que se pronuncia el Centro Directivo para romper la regla de la inoponibilidad:

«Como son principios básicos de nuestro ordenamiento que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que no debe protegerse el ejercicio abusivo de los derechos y como, además, es la necesaria protección de los derechos de los terceros que confían en la exactitud de las apariencias legítimamente creadas, la que determina el mantenimiento de la eficacia jurídica de aquellas actuaciones que, amparadas en los Estatutos sociales, contradicen la relación jurídica subyacente —contractual—, no debe reconocerse la validez de aquella actuación en la que no se compromete todavía ningún derecho de terceros cuya protección reclamase su mantenimiento, pues no sólo es abusiva sino que además envuelve un incumplimiento contractual con grave detrimento para los propietarios de las acciones gravadas que ven inutilizadas unas facultades que legítimamente les pertenecen.»

⁵⁶ RDGRN de 26 de octubre de 1989 (Ar. 7050).

3.3. Fundamentación dogmática de la ruptura y, en particular, análisis de la impugnación de acuerdos sociales por violación de pactos parasociales

Es cierto que, por una u otra vía, se llega a los resultados que exige la razón jurídica. No obstante, la forma de proceder ofrece, a nuestro juicio, un déficit de fundamentación que conviene subsanar. Y la mejor forma de hacerlo es abriendo las tripas de la regla de inoponibilidad, examinando su justificación y verificando las condiciones en que se desvanece su razón de ser y, por tanto, la obligación de aplicarla⁵⁷. En nuestra opinión, la regla de la inoponibilidad obedece al principio de relatividad de los contratos, pero esta relatividad ha de entenderse tanto en un sentido subjetivo como en un sentido objetivo⁵⁸.

a) El entendimiento usual del principio de relatividad subraya el aspecto subjetivo, y así lo hace ciertamente el artículo 1257II CC: lo pactado por unos no puede afectar a otros (*res inter alios acta tertiis non nocet*). La regla de la oponibilidad obedece también a la misma lógica: lo pactado por los socios no es oponible a la sociedad, porque ésta —en su condición de persona jurídica— es un tercero respecto de ellos. La *ratio* de la inoponibilidad radica, así pues, en la idea de ajenidad: la ajenidad de la sociedad respecto de los firmantes del pacto. La pregunta que hemos de responder entonces es la siguiente: ¿por qué es ajena la sociedad a los pactos de los socios? La respuesta es sencillísima: porque no coinciden las partes del pacto

y las partes de la sociedad. El legislador formula la regla con carácter general, porque parte del supuesto de que no puede contarse con esa coincidencia, pues aun cuando se haya producido en el momento original, no está asegurada su subsistencia en el futuro; puede ser —y será frecuente— que el socio que sale de la sociedad no denuncie el pacto y, viceversa, que el accionista que ingresa en la sociedad, no se incorpore al pacto. Ahora bien, cuando en un determinado supuesto esas partes coinciden, la regla de la oponibilidad pierde un punto de apoyo, que hace que pueda quedar privada de su finalidad y, consiguientemente, ser inaplicable: «no se compromete todavía —dice la DGRN 26 de octubre de 1989 (Ar. 7050)— ningún derecho de terceros cuya protección reclamase su mantenimiento»⁵⁹. Y esto es justamente lo que sucede en los casos que nos ocupan, en que los pactos parasociales son suscritos por todos los socios.

b) Pero la coincidencia subjetiva es condición necesaria para quebrar la regla de la inoponibilidad, pero no es condición suficiente. En este aspecto hemos de reiterar que la inoponibilidad no obedece sólo a la idea de relatividad subjetiva, sino también a la idea de lo que puede denominarse relatividad objetiva. Con ello queremos significar que los compromisos asumidos bajo un determinado régimen jurídico —el de los pactos parasociales— no pueden ser hechos efectivos más que bajo ese régimen. Si las partes no han integrado ciertos pactos en el ordenamiento de la persona jurídica —en los estatutos—, no pueden recurrir más tarde a la tutela

⁵⁷ En nuestra doctrina, es mérito de J.M. Blanco, *Impugnación*, cit., sec. 6ª, haber llamado la atención sobre la necesidad de efectuar un planteamiento de esta índole.

⁵⁸ No confundimos relatividad e inoponibilidad como categorías generales, como a menudo ocurre en la jurisprudencia (véase sobre ello, J.I. Rodríguez González, *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, págs. 213 ss., esp. 232 ss.). Lo que afirmamos es que la inoponibilidad societaria es relatividad subjetiva más relatividad objetiva (éste es nuestro punto de discrepancia con J.M. Blanco, que equipara la inoponibilidad a la que hemos llamado relatividad subjetiva).

⁵⁹ Es de señalar que la conclusión alcanzada por nuestra jurisprudencia —reconocida desde antiguo en la práctica judicial norteamericana (véase Fletcher, *Cyclopedia of the Law of private Corporations*, vol. V, Chicago, 1952, S 2067, pág. 166) es la conclusión que asimismo se ha impuesto en los ordenamientos más significativos del continente y, señaladamente, en Alemania, cuyo Tribunal Supremo ha tenido ocasión de reiterar que cuando coinciden todas las partes del pacto y los miembros de la sociedad, los pactos parasociales son eficaces frente a la sociedad y, en especial, que los acuerdos sociales adoptados por la Junta contraviniendo dichos pactos son impugnables por esa sola razón (véanse sentencias del Bundesgerichtshoff *NJW* 1983, pág. 1910; *NJW* 1987, págs. 1890 ss; tomamos las referencias de V. Emmerich, en *Scholz GmbH-Gesetz*, 8ª ed., vol I, Köln, 1993, S 3, 73, págs. 207: «Die Rechtsprechung hat dies [la oponibilidad] in letzter Zeit wiederholt bejaht, namentlich durch die annahme, Gesellschafterbeschlüsse seien anfechtbar, sofern sie gegen zusätzliche schuldrechtliche Abreden aller Gesellschafter über die Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung oder über die Auslegung der Satzung verstossen»). Es cierto que un relevante sector de la doctrina ha objetado el planteamiento (véase P. Ulmer, «Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht?», *NJW* 1987, págs. 1911; y M. Winter, «Organisationsrechtliche Sanktionen bei Verletzung schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen?», *ZHR* 154 (1990), págs. 259 ss., esp. 267 ss.).

societaria. Han de ser consistentes con lo que han convenido, con la voluntad contractual que expresa la celebración de un pacto parasocial. La razón de ello es que nadie debe poder conseguir por la vía societaria más de lo que puede conseguir por la vía obligacional o contractual. En esta línea, parece claro, por ejemplo, que una parte no puede invocar la infracción del pacto parasocial para excluir a un socio de la sociedad⁶⁰.

Ahora bien, ese principio de relatividad objetiva también quiebra cuando los resultados que proporciona el ordenamiento societario son iguales o equivalentes a los que garantiza el ordenamiento contractual. Y esto es justamente lo que ocurre en los casos de impugnación de acuerdos sociales. Para apercibirnos de ello hemos de recordar que los pactos parasociales y, singularmente, los convenios de voto son susceptibles de ejecución forzosa —acción de cumplimiento y acción de remoción (véanse *supra* 2.2 y 2.3)— y que, por tanto, aunque sea tras muchas penosidades, al final podría obtenerse el resultado buscado por las vías que proporciona el derecho general de la contratación (en particular,

la eliminación del acuerdo mediante su revocación a través de la acción de revocación). Y siendo ello así, carece de sentido —de cualquier tipo de racionalidad jurídica— impedir que se invoque directamente la infracción del pacto parasocial para impugnar los acuerdos sociales⁶¹. Lo contrario obligaría a un calvario inútil: a dejar vigente provisionalmente el acuerdo; a ejecutar *in natura* el pacto parasocial y, sobre la base de la acción de remoción (artículo 1098.II CC *in fine*), a promover una junta para dejar sin efecto el acuerdo social⁶². La equivalencia de resultados ha de juzgarse también desde el punto de vista de la acción directa de cumplimiento⁶³.

Algo semejante puede ocurrir en otros casos en que pretende hacerse valer en la esfera societaria un pacto parasocial. Imaginemos que los socios han excluido la aplicación de una norma estatutaria en un determinado supuesto (por ejemplo, han convenido que no es aplicable a una determinada venta la cláusula restrictiva estatutariamente prevista). Es evidente que ese pacto parasocial les obliga a hacer todo lo necesario para lograr el resultado buscado

⁶⁰ Por ello, nuestro planteamiento no puede ser objeto de las principales críticas dirigidas por la doctrina alemana a la jurisprudencia del BGH, que funda exclusivamente la posibilidad de impugnar en el carácter omnilateral de los pactos parasociales (véase, por ej., Winter, *ZHR* 150 (1990), págs. 268-269). Este autor sostiene, por ej., que la posibilidad de impugnación de acuerdos contrarios a pactos omnilaterales significa reconocer a dichos pactos una calidad equivalente a la estatutaria y, por ende, debería permitir —en buena lógica— recurrir a todos los mecanismos de *enforcement* societarios y, concretamente, a la exclusión de la sociedad, lo cual resulta abiertamente inadmisibile. O que reconocer a los pactos omnilaterales virtualidad estatutaria sin los requisitos de forma y publicidad de los estatutos es intolerable, porque ello conduce a al reconocimiento de sanciones jurídico-organizativas societarias que van más allá de los resultados que pueden reconocerse con arreglo al derecho de los contratos (pág. 269).

⁶¹ Obsérvese que si los pactos parasociales no fuesen ejecutables *in natura*, la solución podría ser la contraria. Podría afirmarse en esos casos que los socios no tienen derecho a ejecutar *in natura* vía societaria lo que no podrían hacer en vía contractual, y que, por tanto, habría inoponibilidad. En otros términos, significaría que el derecho autorizaría a los obligados a romper sus compromisos a cambio de una indemnización.

⁶² Los problemas procesales que podrían plantearse son más bien formales que sustantivos. No hay indefensión: (i) los socios contraparte del pacto no están desprotegidos, porque pueden actuar como intervinientes (art. 117.4 LSA) y, además, al ser *todos* ellos parte del pacto pueden tener influjo sobre los administradores para que defiendan el acuerdo de manera conveniente; y (ii) la sociedad tampoco queda indefensa en el proceso, ya que los socios interesados en el mantenimiento de los acuerdos pueden suministrar a los administradores la información necesaria para su defensa (sobre estas cuestiones véase Noack, *Gesellschaftsvereinbarungen*, pág. 158; Ulmer, *NJW* 1987, pág. 1854 y Bússemaker, *Stimmbindungsverträge*, págs. 91 ss. e *ibi* mayores desarrollos e información).

⁶³ Winter, *ZHR* 154 (1990), pág. 275 sostiene que la tesis del BGH, fundada en la economía procesal, no vale para aquellos casos en que la situación no puede ser reconstituida con la revocación del acuerdo. Imaginemos que una minoría de bloqueo vota —en contra de lo prevenido por el convenio de voto— a favor de una modificación estatutaria. El estado original no puede ripristinarse mediante la revocación del acuerdo, porque aunque esta minoría vote a favor de la revocación o su declaración de voto sea sustituida por la sentencia, el acuerdo no podrá revocarse. Esto no quiere decir, sin embargo, que no se verifique la «equivalencia de resultados». El resultado no puede alcanzarse ciertamente mediante la acción de remoción, pero podría haberse alcanzado a través de la acción de cumplimiento. Es cierto que esta no era posible fácticamente. Pero ello es irrelevante. Para nosotros el argumento no es estrictamente de economía procesal, sino de consistencia del ordenamiento.

(artículo 1258 CC) y, en su caso, a efectuar una derogación singular de los estatutos. Pues bien, si alguien impugna esa venta por infracción de los estatutos, el interesado tiene que poder apelar al pacto parasocial para neutralizar la pretensión. El argumento sobre el que descansa esta consideración es muy simple: si el pacto parasocial obligaba a acordar una derogación singular de los estatutos para acomodar la venta, ¿cómo va admitirse la pretensión de quien se negó a hacerlo? El ordenamiento no puede amparar a quien se escuda en su propio incumplimiento. Un caso de la misma progenie lo proporciona la sentencia del TS 6 de febrero 1987: un socio nombra para una Junta general a un representante que no reúne las condiciones estatutariamente exigidas y, posteriormente, invoca la infracción de la norma estatutaria para impugnar los acuerdos. El Alto Tribunal rechaza la pretensión por abusiva. En unos y otros supuestos se advierte una contradicción entre los criterios valorativos que utiliza el socio para juzgarse a sí mismo y los que utiliza para juzgar a los demás, que no puede ser admitida por el ordenamiento en virtud del principio *tu quoque*⁶⁴.

c) En suma, cuando concurren las dos condiciones anteriormente vistas —coincidencia subjetiva de partes de los pactos parasociales y del contrato de sociedad y coincidencia objetiva de los resultados del derecho de obligaciones y del derecho de sociedades—, la regla de la oponibilidad queda privada de la base o finalidad que la justifica y, por tanto, deja expedita la vía para acudir al ámbito societario al objeto de hacer efectivos los pactos parasociales: *cessante ratio legis, cesat lex ipsa*⁶⁵. En el fondo, la

ruptura de la regla de la oponibilidad societaria obedece a un principio de racionalidad fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, esa racionalidad que subyace a la regla de la economía procesal o —para ser más precisos— a la regla *dolo facit qui petit quod redditurus est*. De acuerdo con este viejo principio formulado por *Paulus*⁶⁶, actúa antijurídicamente, en efecto, quien se escuda en una norma que le ampara provisionalmente para dilatar el cumplimiento de su compromiso. No puede pedirse hoy lo que ha de devolverse mañana. No puede mantenerse ahora lo que ha de desaparecer después. En el fondo, late una de las ideas fundamentales del sistema jurídico: *la inadmisibilidad de la conducta contradictoria*. Así como la doctrina de los actos propios censura la conducta actual de quien actúa en contradicción con su conducta pasada, la máxima *dolo facit* censura la conducta actual de quien se pone en contradicción con la que debe ser su conducta futura⁶⁷.

La inadmisibilidad de la conducta de quien se opone a satisfacer por vía societaria lo que tendrá que satisfacer más tarde por vía contractual se funda, así pues, en la *falta de un interés propio duradero*. Los firmantes que han incumplido el pacto no pueden pretender mantener ahora la validez de un acuerdo (apelando a que no pueden impugnarse los acuerdos sociales por violación de un pacto parasocial) cuando mañana se verán obligados a aceptar su desaparición (como consecuencia de la acción contractual de remoción). En última instancia, el fundamento de esta regla reside, como se ha señalado certeramente,

⁶⁴ Véase J.M. Miquel, «Comentario del art. 7», en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol I, Madrid, 1991, pág. 55.

⁶⁵ Presuponemos, naturalmente, que los pactos parasociales regulan relaciones internas, que no afectan para nada a terceros. Con todo, podría argüirse que el razonamiento no vale cuando la adopción del acuerdo o decisión corresponde al órgano de administración. El hecho de que todos los socios hayan convenido algo —podría decirse— no implica necesariamente la obligación de los administradores de atenerse a ello. Sin embargo, esta conclusión es más que dudosa en nuestro ordenamiento, en el que seguramente debe entenderse que *los administradores están obligados a seguir las instrucciones de la junta general* (para la sociedad limitada lo establece expresamente el art. 44.2 LSRL y, para la sociedad anónima, un autorizado sector de la doctrina, según informamos en C. Paz-Ares, «Reflexiones sobre los dividendos *in natura* facultativos», *RDN* 1992, págs. 195-196). Es cierto que las cláusulas de un pacto parasocial o las decisiones a las que conduzca su aplicación no son «instrucciones de la junta» en el sentido formal del término. Sin embargo, hay buenas razones para tomarlas como tales. Lo contrario obligaría al circuito inútil de celebrar una Junta para formalizar las instrucciones, a la que en todo caso estarían obligados los firmantes del pacto *ex art. 1258 CC* (los contratos no sólo obligan a lo «expresamente pactado», sino a todas «las consecuencias que se derivan de la buena fe»).

⁶⁶ Dig. 50, 17, 173, 3.

⁶⁷ A. Wacke, «Dolo facit qui petit quod (statim) redditurus est», *Juristische Arbeitsblätter* 14 (1982), pág. 478.

«en la unidad de la *promesa* de protección jurídica, que deriva de la unidad del ordenamiento jurídico civil. El *dolo agit* no es una simple exigencia económica procesal, ya que entonces no podría ser vinculado al precepto de la fidelidad jurídica. Más bien lo que ocurre es que aquí el demandante transforma su pretensión de protección judicial, de un *medio* para el restablecimiento de la situación adaptada al ordenamiento jurídico, en una autónoma finalidad en sí misma, impidiendo a la parte contraria el recurso a otras normas jurídicas y violando de este modo el principio de igualdad de oportunidades. Un resultado semejante sólo lo permite el ordenamiento jurídico en el *ius strictissimum*, como en [...] en las medidas cautelares provisionales o en las acciones posesorias, donde el recurso a la totalidad del ordenamiento jurídico se sacrifica en favor de la primacía de valoración de determinados intereses especialmente garantizados. Fuera de ello, el ordenamiento jurídico, en cuanto indivisible, permite siempre la apelación inmediata a motivos definitivos de coordinación»⁶⁸.

La ruptura de la regla de la inoponibilidad societaria obedece, en efecto, a eso que Franz Wieacker llama *motivos definitivos de coordinación*⁶⁹. La lógica que la inspira es similar a la que explica la ruptura de la regla de la abstracción en el derecho cambiario que evocábamos metafóricamente en las primeras páginas del trabajo. En uno y otro caso, el ordenamiento se ve abocado a prescindir de la separación o abstracción de dos relaciones jurídicas distintas cuando coinciden sus partes y coinciden sus contenidos obligacionales. Como es sabido, es justamente esa coincidencia de las partes y contenidos de la relación cambiaria y de la relación causal la razón por la cual los artículos 20 y 67.1 de la Ley Cambiaria y

del Cheque permiten oponer *inter partes* las llamadas excepcionales causales. No tendría ningún sentido, en efecto, que el ordenamiento permitiese prosperar la acción cambiaria a favor del tenedor para que a continuación el deudor tuviese que restablecer la situación ejercitando la acción derivada del contrato subyacente⁷⁰.

d) Una vez abierta la brecha en la regla de la inoponibilidad, el resto de los obstáculos son menores. Así sucede, en particular, con el que se funda en el carácter tasado de las causas de impugnación de los acuerdos sociales. Personalmente, me inclino a pensar que la tasa de los motivos de impugnación no puede entenderse *ad pedem litterae* o tan estrictamente que no deje espacio, al menos, para su integración analógica⁷¹. Lo contrario equivaldría a consagrar la inmunidad de aquellos acuerdos adoptados con infracción de reglas societarias de segundo orden (v. gr.: el Reglamento de la Junta o el Reglamento del Consejo) y con ella, en cierto sentido, la impunidad de quienes las han incumplido, lo cual tiene poco sentido⁷². Por ello, estimo que una vez rota la barrera de la inoponibilidad, no debería haber obstáculos para coger el toro por los cuernos trayendo a colación directamente la infracción del pacto parasocial. Se trataría de aceptar abiertamente que no estamos ante una infracción de las legalmente tasadas, sino ante un caso distinto, que, no obstante, es imperativo admitir por virtud del artículo 4.1 CC, que ordena proceder analógicamente cuando se verifique la identidad de razón entre un supuesto legalmente contemplado (en nuestro caso, la infracción de reglas privadas: los estatutos o el interés social) y el supuesto legalmente ignorado (la infracción de pactos parasociales suscritos por todos los socios y protegidos con remedios idóneos para

⁶⁸ Véase F. Wieacker, *El principio general de bona fide*, trad. esp., Madrid, 1979, pág. 64.

⁶⁹ *Ibidem*, pag. 65.

⁷⁰ Véase C. Paz-Ares, «Naturaleza jurídica de la obligación cambiaria», en A. Menéndez (dir.), *Derecho Cambiario*, Madrid, 1986, págs. 199 ss.

⁷¹ Nuestra doctrina no se ha ocupado con detalle de este particular y sus pronunciamientos son, a decir verdad, más bien ambiguos. He aquí un buen exponente en la literatura más reciente: «No puede hablarse de una exigencia de *numerus clausus* de causas de impugnación, aunque sí de la necesidad de afrontar con criterio restrictivo la posibilidad de estimar una impugnación por causas distintas a las expresamente previstas» (LL. Caballol i Angelats, «Comentario del art. 115», en I. Arroyo y J. M. Embid (dirs.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, Madrid, 2001, pág. 1109).

⁷² No puedo compartir, por esta razón, la opinión de quienes consideran que las infracciones del Reglamento del Consejo son irrelevantes a efectos de impugnación (art. 143 LSA): véase F. Salelles Climent, *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Madrid, 1995, pág. 72 y, más matizadamente, M. A. Alcalá Díez, *La impugnación de acuerdos del Consejo de Administración de la sociedad anónima*, Madrid, 1998, págs. 308-310.

llegar al mismo resultado en el ámbito del derecho general de las obligaciones y los contratos)⁷³.

Con todo, nos apresuramos a agregar que aún aceptando a pies juntillas la premisa del *numerus clausus* más generalizada, tampoco debería haber obstáculos para llegar al mismo resultado, pues en última instancia la solución que venimos pregonando puede insertarse en alguno de los cauces típicos previstos en nuestro ordenamiento para lograr la impugnación. Así lo prueban las distintas soluciones ensayadas —dentro y fuera de nuestras fronteras— para subsumir el caso que nos ocupa en uno de los tres supuestos legalmente previstos: (i) dentro de las infracciones legales, (ii) dentro de las infracciones estatutarias; o (iii) dentro de las infracciones fiduciarias, aunque ciertamente unas son más adecuadas que otras.

Para subsumir la violación de los pactos parasociales dentro de las *infracciones de ley* se ha recurrido a las cláusulas generales de la buena fe, del deber de lealtad de los socios o de la interdicción del abuso del derecho. De esta manera, acreditando que se comporta de mala fe, de manera desleal o abusivamente quien se ampara o refugia en la inoponibilidad, se dejaría servida la posibilidad de construir una infracción de ley, que se hace descansar justamente en la violación del precepto legal que recoge aquellas cláusulas generales (artículos 7 y 1258 CC)⁷⁴. La solución resulta, a nuestro modo de ver, artificiosa y, desde luego, no mejora vinculándola a la doc-

trina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica⁷⁵, puesto que dicha doctrina, en rigor, no tiene contenido (en nuestra experiencia, se ha convertido en una «fórmula mágica» que dispensa —o así lo creen al menos los jueces que hacen uso de ella— de una argumentación más detallada)⁷⁶. La artificiosidad de la solución no está sólo en los medios de que se vale, sino también en los resultados que alcanza, que difícilmente pueden aceptarse. Pasada por el alambique de la infracción de ley, la violación de los pactos parasociales acaba convirtiéndose en una *causa de nulidad* y, por tanto, sujetándose a las más generosas reglas de caducidad y legitimación de los artículos 116.1 y 117.1 LSA, lo cual resulta francamente desorbitado. ¿Cómo van a ser de mejor condición a efectos de impugnación los pactos parasociales que los propios estatutos?.

La infracción de pactos parasociales ha de construirse necesariamente como una *causa de anulabilidad*, donde los intereses en juego son estrictamente privados, lo cual obliga —dentro del razonamiento que venimos desarrollando— a transformarlas, o bien en *infracciones estatutarias*, o bien en *infracciones fiduciarias*. La primera alternativa se ha intentado recurriendo a la vía interpretativa. Los pactos parasociales —se afirma— son reglas interpretativas de los estatutos; tratan de establecer la voluntad de todos los socios y, en esa medida, pueden equipararse⁷⁷. Pero la solución tampoco convence⁷⁸. Nuevamente, puede tacharse de artificiosa. Los pactos

⁷³ En esta línea, resultan apropiadas las reflexiones de J.M. Blanco, *Impugnación de acuerdos sociales*, cit., sec. 6.

⁷⁴ El lector interesado en información —y crítica— sobre este tipo de construcciones doctrinales puede consultar el estudio de Ulmer, *NJW* 1987, pág. 1852.

⁷⁵ Este es seguramente el expediente con que se siente más a gusto nuestra doctrina. He aquí un texto elocuente: «La serie de los pactos parasociales no se incorpora a la escritura ni a los estatutos. La nueva LSA ha sustituido la declaración de nulidad de estos pactos por una declaración de ineficacia frente a la sociedad (art. 7). Aunque tales pactos sean sólo eficaces entre las partes que los celebran, no hay duda —afirma el profesor Duque— de que los efectos de tales cláusulas se proyectan en el funcionamiento de la sociedad, alterando el régimen de los poderes recogidos en los estatutos: «La separación entre normas estatutarias y normas parasociales no es tan absoluta. Las consecuencias de las normas contractuales de los negocios parasociales pueden modificar la aplicación de las normas estatutarias cuando los acuerdos extrasocietarios han sido celebrados por todos los socios. La técnica de la superación del velo societario encuentra aquí una nueva aplicación, cuyos desarrollos no han hecho más que comenzar» (J. F. Duque, «Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, vol. I cit., págs. 88-89). La contribución técnicamente más depurada en esta línea se la debemos, sin duda, a Ulmer, *NJW* 1987, págs. 1853-1854.

⁷⁶ Véase Paz-Ares, «Atributos y límites de la personalidad jurídica», cit., págs. 548 ss.

⁷⁷ Sugiere algo en esta dirección W. Zöllner, en Baumbach/Hueck, *GmbHG*, Manchen, 1988, 8ª ed., S 47, 79, pág. 000.

⁷⁸ Esto no quiere decir, sin embargo, que en ocasiones no quepa traer a colación los pactos parasociales para fundamentar una impugnación por infracción de los estatutos. Ello ocurrirá siempre que exista una cláusula estatutaria que pueda ser interpretada o concretada con ayuda de los pactos parasociales.

parasociales no son o, al menos, no son siempre un instrumento para interpretar los estatutos, sino un cuerpo de reglas que deliberadamente se ha establecido al margen del orden estatutario. La segunda alternativa, en cambio, se revela más prometedora. No hay que forzar nada las cosas, en efecto, para construir la violación del pacto parasocial como infracción fiduciaria. Basta con percatarse de que, desde un entendimiento contractual del interés social —como el que predomina en nuestra doctrina y jurisprudencia—, cualquier acuerdo que contravenga un pacto suscrito por «todos» los socios revela una desconsideración de sus intereses —una forma de deslealtad o infidelidad— y, en esa medida, resulta contrario al interés social⁷⁹. Por definición, el acuerdo adoptado en contravención del pacto beneficia a los accionistas que lo incumplen en perjuicio de los accionistas que reclaman su cumplimiento. El beneficio de unos y el perjuicio de otros está *in re ipsa*⁸⁰.

3.4. Vías estatutarias para extender el *enforcement* societario de los pactos parasociales

Para terminar, parece oportuno aludir, siquiera sea someramente, a aquellas fórmulas de que puede echarse mano en el plano societario para reforzar los mecanismos de *enforcement* y, por tanto, la protección efectiva de los pactos parasociales. Al respecto se nos ocurren tres indicaciones:

a) La primera se refiere a la sujeción de los futuros socios a los pactos parasociales. Como es natural, para que ello suceda es necesario que el socio entrante se

avenga voluntariamente a adherirse a los pactos en vigor entre los accionistas actuales. La mejor manera de asegurarlo es estableciendo una cláusula estatutaria que supedite la adquisición de las acciones o, en su caso, de participaciones a la firma del pacto parasocial. La legitimidad de una cláusula de esta naturaleza no parece discutible. El cauce para arbitrarla es la prestación accesoria. De lo que se trata es de configurar la adhesión al pacto parasocial como prestación accesoria y condicionar la autorización para la adquisición —derivativa u originaria— de acciones o participaciones a su efectiva suscripción por el entrante (véanse artículos 22 y 24 LSRL y 9.1) y 65 LSA)⁸¹. El único inconveniente que puede plantear es el derivado del principio de determinación. Los estatutos han de recoger de manera «concreta y determinada» el contenido de la obligación (véase artículo 22.1 LSRL *in fine*, que en última instancia es tributario del artículo 1273 CC). Pero esta exigencia no obliga, en rigor, a reproducir en los estatutos —directamente o como anexo— el contenido de los pactos parasociales. La finalidad del principio de determinación es que el socio pueda hacerse cargo de las obligaciones que pueden sobrevenirle, y a tal efecto basta con que tome conciencia de que tiene que firmar un pacto, cuyas especificaciones pueden figurar en un documento aparte. La obligación no está estatutariamente determinada, pero es determinable extraestatutariamente⁸².

b) La segunda indicación versa sobre las sanciones societarias, un aspecto que ahora comienza a ser debatido en nuestra doctrina⁸³. El problema consiste en determinar si pueden establecerse en los estatutos sanciones de esta índole para el caso de incum-

⁷⁹ En esta dirección se orientan las reflexiones de K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 2ª ed., Köln, 1992, pág. 621. En realidad, este autor considera que la mayoría que aprueba un acuerdo contrario a los compromisos parasociales está infringiendo su deber de lealtad frente a la minoría. Dicho esto, nos apresuramos a aclarar que las categorías de «contrario al deber de lealtad» (*treuwidrig*) y de «contrario al interés social» son equivalentes (para un desarrollo de estas ideas, en el que ahora no podemos entrar, resulta fundamental la obra de J. Alfaro, *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Madrid, 1995, págs. 21 ss., esp. 38 ss.; nos permitimos también reenviar a Paz-Ares, *¿Dividendos a cambio de votos?*, Madrid, 1996, págs. 137-140).

⁸⁰ Del mismo modo que la adopción de un acuerdo por unanimidad excluye la posibilidad de infracción del interés social (véase Alfaro, *Interés social*, págs. 79-80), la infracción de lo acordado por unanimidad fundamenta una infracción del interés social.

⁸¹ Esta es la solución que a veces se recomienda para asegurar la sujeción a la disciplina del «protocolo familiar» a todo aquel —hay que pensar sobre todo en hijos e hijas políticos— que ingresa en el círculo de la empresa familiar (véase F. Vicent-Chuliá, «Organización jurídica de la empresa familiar», *Revista de Derecho Patrimonial* 5 (2000), pág. 36).

⁸² Cfr. Noack, *Gesellschaftsvereinbarungen*, págs. 79-80; en nuestra doctrina véase, A. Recalde, «Comentario al art. 24», en Arroyo/Embid, *Comentario LSRL*, pág. 268 y M.J. Peñas Moyano, *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, Pamplona, 1996, pág. 208.

⁸³ Véase un apunte en Vicent Chuliá, *Estudios Girón*, pág. 1212.

plimiento de los pactos parasociales⁸⁴. No se trata con ello de incorporar dichos pactos a los estatutos (cosa que, naturalmente, sólo sería posible en la medida en que cupiesen dentro de los más angostos márgenes que ofrece la legislación societaria), sino de crear una obligación estatutaria de observarlos, cuya infracción pueda ser «penalizada» en el ámbito societario, en términos que vayan más allá de los examinados en su momento (véase *supra* 3.1)⁸⁵. La cuestión no es fácil —aún no ha sido suficientemente discutida—, pero en una primera aproximación merece una respuesta afirmativa, con base en el principio de autonomía estatutaria (véanse artículos 10 LSA y 12.3 LSRL)⁸⁶. El problema fundamental radica en determinar si esa posibilidad de blindaje societario ha de supeditarse a la publicación de los pactos en el Registro Mercantil como anexo a los estatutos⁸⁷. En nuestra opinión, la publicación no es necesaria cuando los estatutos se refieran a pactos de *todos* los socios (como frecuentemente ocurrirá en las «empresas familiares»). Estos pactos deben poder mantenerse reservados, puesto que en tales casos las sanciones societarias que habilita la cláusula de blindaje no tienen efectos externos sobre otros socios y tampoco sobre terceros, porque cualquier sanción societaria tiene que dejar a salvo los derechos adquiridos por estos de buena fe. No obstante, cuando los pactos no sean omnilaterales (como necesariamente sucederá, por ejemplo, en las sociedades cotizadas), parece prudente exigir la publicación⁸⁸.

c) Con independencia de la cláusula comentada en el apartado anterior, que tiene carácter general, existen diversas técnicas particulares para reforzar

estatutariamente la eficacia de los pactos parasociales. Mencionaremos las dos más relevantes. La primera es *la exclusión de la sociedad del socio incumplidor*, que puede incorporarse vía prestaciones accesorias. No es dudoso, por ejemplo, que si establecemos como prestación accesoria la obligación de suscribir —y de cumplir— los pactos parasociales, pueden igualmente establecerse el incumplimiento de esta obligación como causa de exclusión. Es más, aunque no se establezca expresamente, ésta es la consecuencia de las previsiones legales (véase artículo 98 I LSRL). La otra es *el aseguramiento de la disciplina de voto*. La cuestión consiste en discernir si para lograr ese objetivo es posible incorporar a los estatutos una «cláusula de indivisibilidad» en cuya virtud los socios —todos ellos o los miembros de una determinada clase de acciones o de un determinado grupo de participaciones— queden obligados a emitir sus votos en la junta general a través de un representante común y de manera unitaria. En principio, no deben oponerse reparos. Se trataría de establecer un mecanismo necesario de agrupación similar al contemplado en los artículos 60.2 LSA y 35 LSRL⁸⁹.

d) Finalmente, procede hacer un comentario sobre la incidencia que puede tener *la publicidad registral* de los pactos parasociales sobre su *enforcement*. La cuestión se plantea porque en el momento en que doy a la imprenta estas páginas se están gestando dos iniciativas legislativas —una en el ámbito de las sociedades cotizadas y otra en el ámbito de las empresas familiares— que prevén el acceso al Registro Mercantil de esta clase de pactos, aunque ciertamente no se clarifican sus efectos. La primera es el Proyecto de Ley

⁸⁴ La cuestión la formulamos con carácter general, puesto que es claro que algunas sanciones societarias concretas pueden construirse estatutariamente. No es dudoso, por ej., que si establecemos como prestación accesoria la obligación de suscribir —y de cumplir— los pactos parasociales, pueden igualmente establecerse el incumplimiento de esta obligación como causa de exclusión (véase art. 98 I LSRL).

⁸⁵ El hecho de que se quieran las sanciones societarias para unos pactos para-societarios no priva de sentido a la cláusula. Las partes pueden tener interés en no «estatutarizar» los pactos y mantenerlos en el ámbito contractual general, para beneficiarse de su régimen de modificación o de publicidad.

⁸⁶ Véase Noack, *Gesellschaftervereinbarungen*, págs. 119-122.

⁸⁷ Así, por ejemplo, Winter, *ZHR* 154 (1990), págs. 281-283.

⁸⁸ Es de advertir que la normativa actualmente en gestación prevé la publicidad registral (obligatoria) de los pactos parasociales de las sociedades cotizadas y (al parecer, meramente facultativa) de los «protocolos familiares» de las empresas de este tipo. En todo caso, esas previsiones de publicidad registral se contemplan al margen de la existencia de cláusulas estatutarias que remitan a ellos, que es el problema que aquí se trata (para una alusión a la incidencia que pueden tener esas previsiones sobre el *enforcement* de los pactos parasociales, véase, dentro de este mismo epígrafe, el apartado d) posterior).

⁸⁹ Cuestión más compleja, en la que ahora no es preciso entrar, es la relativa a las relaciones internas entre socios (véase Noack, *Gesellschaftervereinbarungen*, págs. 76-77 e *ibi* más referencias).

121/000137, por el que se modifican la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Sociedades Anónimas «con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas»⁹⁰. En el se prevé la adición de un nuevo artículo 112 a la Ley del Mercado de Valores que dispone la obligación de comunicar a la CNMV y de depositar en el Registro Mercantil los pactos parasociales que tengan por objeto «el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones» en las sociedades cotizadas». La sanción prevista para el caso de incumplimiento es la suspensión de los efectos del pacto («En tanto no tengan lugar la comunicación y el depósito —dispone el precepto en su inciso final—, el pacto parasocial no producirá efecto alguno»). En mi opinión, la publicidad registral no agrega ninguna eficacia «societaria» ni de otra índole a los pactos. Se trata, simplemente, de una obligación de transparencia, que ciertamente no se comprende muy bien cuando este efecto se logra mediante la comunicación a la CNMV. Ni siquiera se obtiene una presunción de validez, pues no se trata de una inscripción, sino de mero depósito, cuyo acceso

al Registro se produce sin calificación del contenido (arg. anal. *ex* artículos 219 LSA y 368 RRM)⁹¹.

La segunda iniciativa ha fructificado en la disposición final segunda de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, cuyo apartado tercero dice así: «Reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción». Estando pendientes de elaboración las normas reglamentarias sustantivas, que previsiblemente serán objeto de la correspondiente reforma del Reglamento del Registro Mercantil, resulta prematuro aventurar qué efectos se atribuirán a la publicidad de esta clase de pactos parasociales y, en particular, determinar si esto afectará al tema objeto de nuestro estudio. Es posible que se declaren oponibles a la sociedad e incluso a terceros —pensando sobre todo en los adquirentes de acciones vinculadas por el pacto⁹². Si no es así, se habrá desaprovechado una ocasión única para marcar la dirección del progreso en esta materia.

⁹⁰ Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, serie A, 28-III-2003, núm. 131-1.

⁹¹ Esta es la opinión que prevalece también en Italia, cuya normativa —art. 122 del Testi Unico della Intermediazione Finanziaria— prevé igualmente que los pactos parasociales se comuniquen a la autoridad del mercado (CONSOB) y se depositen en el Registro Mercantil («Registro delle imprese»). También allí la doctrina ha expresado su perplejidad sobre la utilidad de este mecanismo adicional de publicidad: «Al riguardo —escribe Atelli—, non é semplice stabilire cosa aggiunga questo ulteriore obbligo [...], in termini di diffusa conoscibilità dell'esistenza e del contenuto dei patti [...]. Senza contare che, nell'ambito del sistema dei procedimenti di attuazione della pubblicità presso il registro delle imprese, l'istituto del deposito di tai resta in sé un po' nebuloso negli effetti» (M. Atelli, «Comentario del art. 109», en G. Alpa y F. Capriglione (a cura di), *Comentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998, pág. 670). Debe precisarse que esto nada tiene que ver con la inscripción de la sociedad en que se normalmente se sustentan los pactos parasociales y, en particular, los sindicatos de voto, que —a mi modo de ver— carece de sentido precisamente por tratarse de sociedades internas, sin eficacia organizativa. No es fácil de comprender por ello algunas propuestas que abogan, sobre la base de la naturaleza societaria de los pactos parasociales, por su inscripción registral como sociedades y en virtud de la analogía con la posibilidad de inscribir las «sociedades mercantiles» (véase en esta dirección, L. Fernández del Pozo, «La transparencia de los sindicatos de voto entre accionistas. Su publicidad», *RDBB* 45 (1992), págs. 115 ss.; con un planteamiento distinto, J. C. Caballería Gómez, «El control accionario de las sociedades anónimas: especial referencia a la inscripción de los convenios de voto en el Registro Mercantil», *AAMN* 36 (1997), págs. 150 ss.).

⁹² En línea con la solución que finalmente se ha impuesto en la práctica norteamericana, según hemos tenido ocasión de comprobar anteriormente (v. *supra* nt. 43).

