

LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PARASOCIALES

CÁNDIDO PAZ-ARES

Abogado*

Para enjuiciar el problema de validez de los pactos parasociales debe distinguirse la imperatividad sustantiva y la imperatividad tipológica. El autor sostiene que solamente la imperatividad sustantiva constituye un límite a la autonomía privada en el ámbito de los pactos parasociales. En otras palabras, los pactos parasociales que se desvían de la imperatividad tipológica no merecen reproche o censura alguna desde el punto de vista jurídico.

In order to assess the issue regarding the validity of shareholders' agreements, substantive mandatoriness needs to be distinguished from typological mandatoriness. The author holds the view that only the former limits parties' free will in shareholders' agreements. In other words, any shareholders' agreement that diverges from typological mandatoriness should not be criticised from a legal perspective.

1 · INTRODUCCIÓN: ¿CUESTIÓN DISCRETA O CUESTIÓN DE GRADO?

La cuestión de la validez de los pactos parasociales no es una cuestión discreta, sino una cuestión de grado. No es una *cuestión discreta* porque no reclama una respuesta tajante: sí o no, todo o nada. Con carácter general, hoy se admite sin ambages ni recelos la posibilidad de concertar acuerdos al margen del contrato de sociedad, y ello al amparo del principio general de libertad contractual (art. 1255 CC). Por si hiciera falta, esta posibilidad se halla además reconocida implícitamente en la propia legislación societaria. En efecto, el paréntesis abierto durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, cuyo artículo sexto inexplicablemente había declarado con carácter general la nulidad de los pactos parasociales, ha sido cerrado con la reforma de 1989, que sustituyó la declaración de nulidad por una declaración de inoponibilidad («*Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*»: art. 7.1 II LSA). Esta solución se prolongó más tarde en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 11.2 LSRL) y ahora se ha consolidado en la Ley de Sociedades de Capital (art. 29 LSC). Con este reconocimiento virtual de su validez, corroborado por múltiples normas del mercado de capitales, queda restablecida la continuidad con la interpretación histórica del artículo 119 III del Código de Comercio, que jamás puso en entredicho la validez y eficacia *inter partes* de los pactos concertados por los socios al margen del contrato de sociedad (v. STS 16-II-1901; 24-II-1902; 10-VI-1904; 8-I-1910; 2-VII-1932; etc.).¹

La cuestión que abordamos es, como decía, una *cuestión de grado*. El hecho de que se admita la validez general de los pactos parasociales no significa que todos los acuerdos que puedan imaginar los socios hayan de considerarse lícitos. El contenido concreto del pacto y la finalidad que lo motiva tienen que ser examinados en cada caso a la luz de las reglas generales del derecho de las obligaciones limitativas de la libertad contractual de las partes (v. arts. 6 y 1255 CC). El problema fundamental se plantea con las limitaciones específicas del derecho de sociedades y, en concreto, con las normas imperativas contenidas en la legislación de anónimas y en la legislación de limitadas ahora refundidas en la Ley de Sociedades de Capital.

2 · LA DOCTRINA ESTÁNDAR Y EL DIVORCIO ENTRE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA

Nuestra doctrina suele afirmar —cito *ad pedem litterae* una exposición de manual— que «*son nulos todos aquellos pactos que se desvíen de una norma imperativa o contradigan los llamados principios configuradores del tipo*». La formulación corriente entronca con una vieja observación de Girón, a tenor de la cual debía considerarse ilícito cualquier pacto que «*se proponga un fin que atente contra preceptos de ius cogens o desnaturalicen exigencias sustanciales de la configuración de la sociedad*»². Pues bien,

* Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

¹ En efecto, a pesar de su tenor literal —«*los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social*»—, el precepto nunca había sido interpretado en el sentido de que fueran nulos dichos pactos, sino en el sentido indicado por el artículo 117 C de C de que no se podían hacer valer frente a la sociedad (v. STS 16-II-1906).

² J. Girón Tena: *Derecho de Sociedades*, vol. I, Madrid, 1976, p. 54.

nuestra hipótesis es que una formulación de aquella índole no es apropiada, más aún, resulta excesiva y, desde luego, no se compadece con las expectativas normativas más generalizadas en la práctica. Una vez más, observamos un divorcio espectacular entre la teoría y la praxis (e incluso entre la teoría fundamental y su desarrollo o aplicación doctrinal). Todo el mundo da por hecho que no es admisible un pacto contrario a una norma imperativa del derecho de sociedades (lo contrario sería un anatema, contrario a la regla fundamental consagrada por el art. 6 CC). Sin embargo, es curioso que nadie ponga en entredicho la validez de pactos que conculcan ese estándar. Por ejemplo, un pacto entre socios de una sociedad anónima que prohíba la transmisión de las acciones durante diez años o un pacto entre socios de una sociedad limitada que consagre la libérrima transmisibilidad de las participaciones mediante la renuncia anticipada de todos los socios al ejercicio del derecho de adquisición preferente legalmente establecido.

El lector convendrá conmigo que, a la vista de estos ejemplos sencillos, uno podría repetir aquel pernicioso dicho popular de que la teoría —en este caso la teoría que afirma la invalidez de los pactos parasociales que se opongan a normas imperativas del derecho de sociedades— está muy bien, pero que en la práctica no vale para nada. Porque, ciertamente, las formulaciones corrientes de los manuales y de la literatura más al uso valen para muy poco. De hecho, los mismos autores que proclaman la tesis general, a renglón seguido no dudan en reconocer la validez de pactos como los que les acabo de mencionar. Y es que nadie en sus cabales osaría ponerlos en entredicho. El sentido común prevalece. Con todo, mi instinto de supervivencia como profesor universitario me impide sucumbir a la tentación nihilista emboscada en el dicho popular. Soy de los que piensa que si la teoría y la práctica andan divorciadas, una de dos: o la práctica debe ser corregida (proscribiendo cualquier tipo de pacto parasocial que se desvíe del derecho imperativo), o la teoría debe ser reformulada. *Tertium non datur*.

Emmanuel Kant, en su famoso opúsculo de 1793 sobre el repetido dicho popular («Über den Gemeinspruch: Das Mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», decía que, a veces, «cuando la teoría sirve de poco para la práctica, esto no se debe achacar a la teoría, sino precisamente al hecho de que no hay bastante teoría, de modo que el hombre hubiera debido aprender de la experiencia la teoría que

*le falta*³). Mi conjetura es que esto es lo que cabalmente ocurre en nuestro caso. Creo, en efecto, que falta mucha teoría, que es necesario elaborar más teoría para poder responder satisfactoriamente a preguntas algo más difíciles, de las que a continuación se ofrecen algunos ejemplos: ¿es válido un pacto parasocial que excluye la libre revocabilidad de los administradores?, ¿es válido un pacto que limita la responsabilidad de los administradores?, ¿es válido un pacto por medio del cual se establece que determinadas cuestiones se resolverán por mayoría simple cuando la ley imperativamente establece un *quorum* de votación de dos tercios? Estos casos ya no son tan fáciles de resolver como el pacto de la prohibición de transmisión de acciones en la anónima o de la consagración de la libérrima transmisibilidad de las participaciones en la limitada. La tendencia más generalizada en nuestra doctrina conduce a aplicar la fórmula estándar a rajatabla y, por tanto, a sostener que esta clase de pactos son nulos por contravenir normas imperativas. Pero hay discusión, lo cual quiere decir que, desde luego, la fórmula general no vale para zanjar las controversias.

3 · LA TEORÍA QUE FALTA: IUS COGENS Y IUS IMPERATIVUM

Para suplir la teoría que falta propongo que nos valgamos de la distinción, recientemente revitalizada en la discusión foránea de algunos problemas de la parte general, entre *ius cogens* (normativa, por así decirlo, regulatoria) y *ius imperativum* (normativa imperativa en sentido propio o genuino). Las normas de *ius cogens* son aquellas que simplemente no pueden derogarse por la voluntad de las partes. Las normas, en cambio, del *ius imperativum*, que naturalmente tampoco pueden derogarse, tienen algo más, imponen una valoración de la regla negocial a la luz del sistema jurídico entero y, por tanto, establecen una ligazón entre inderogabilidad y principios fundamentales del sistema jurídico que no existe en las normas de *ius cogens*.

Traducido a nuestro ámbito, podemos decir que son normas de *ius cogens* las que proceden de la regulación de un determinado tipo de la sociedad y, en concreto, de la anónima o de la limitada; y nor-

3 I. Kant: *Teoría y práctica*, 2.ª ed., traducción española de J. Aramayo, Madrid, 1993 p. 4.

mas de *ius imperativum*, las que se extienden a través de todo el derecho de sociedades, lo atraviesan en diagonal y, por lo tanto, no son específicas de un tipo, sino de todos los tipos y, naturalmente, también del derecho general de obligaciones. Las primeras sirven para demarcar una determinada forma de organización que se pretende estandarizar; las segundas, para definir las fronteras de lo jurídico.

Pues bien, nuestra idea es que para enjuiciar la validez o licitud de los pactos parasociales debe prescindirse del *ius cogens* y atenderse únicamente al *ius imperativum*. Formulada en otros términos, nuestra tesis dice así: no es relevante para enjuiciar la validez de los pactos parasociales la que podemos llamar *imperatividad tipológica* (la imperatividad establecida por razones del tipo y, específicamente, la que se condensa en los principios configuradores del tipo). El límite para enjuiciar la validez queda reservado así a la *imperatividad sustantiva*, aquella que se basa en la defensa de los valores centrales o fundamentales del derecho privado (por ejemplo, interdicción de la usura (pactos leoninos), causalidad de la atribución, revocabilidad de los poderes, inexcluíbilidad de la responsabilidad por dolo, etc.). La explicación que puede darse es la siguiente. La imperatividad tipológica viene establecida en el derecho de sociedades por la necesidad de estandarizar un modelo societario al objeto de facilitar economías de aprendizaje y de red y reducir los costes de información⁴. Sucede como en la letra de cambio. Todo el mundo debe saber cuáles son los patrones generales de una anónima o de una limitada del mismo modo que el tráfico exige una determinada tipicidad a la letra de cambio. Ello puede justificar —aunque no quiere decir que lo justifique— que no se permitan variaciones de la organización de la sociedad anónima o limitada que se presenta *ad extra* y que está llamada a circular y perdurar. Nada obsta, sin embargo, que las partes acomoden esa organización en sus relaciones internas o *ad intra* a sus circunstancias, preferencias o conveniencias. Las partes no pueden modificar el contenido típico de una letra de cambio (por ejemplo, es nula una cláusula de intereses) porque es un instrumento destinado a circular y debe ser estándar. Nada les impide, sin embargo, concertar pactos cambiariamente atípicos en sus relaciones inter-

nas y en la relación subyacente, solo que en este caso el pacto se sujeta al derecho contractual general y no al derecho cartular.

4 · IRRELEVANCIA DE LA IMPERATIVIDAD TIPOLOGICA

De acuerdo con la premisa anterior, entendemos que las normas específicas de la organización de la sociedad anónima o limitada no constituyen límite alguno para la autonomía privada en el campo parasocial, puesto que esta no afecta a la estructura de la organización puesta en pie, sino solo a las relaciones entre sus miembros. Una y otra cosa han de medirse por distintos raseros. Para ilustrar y desarrollar esta directriz o tesis general nos valdremos de algunos ejemplos, que agrupamos en tres grandes matrices en función de las razones que justifican la imperatividad: tecnocráticas, paternalistas y políticas⁵.

(i) Los casos más fáciles vienen dados por aquellas normas de definición del tipo que se explican por razones de tipo tecnocrático. Nos referimos a aquellas reglas que se vinculan directamente a la estructura corporativa (personificación, colegialidad, estabilidad, centralización, etc.) con las que el legislador ha querido vertebrar la organización. En este ámbito pueden mencionarse la prohibición de las cláusulas de unanimidad, que se justifica por la necesidad de favorecer sistemas de decisión colegiada que faciliten la estabilidad de la sociedad, o de las cláusulas que prohíban la transmisión de acciones, igualmente destinada a evitar mecanismos alternativos de separación que atentan contra la conservación de la empresa, o formas de disolución *ad nutum*, asimismo dirigida a asegurar la estabilidad de la empresa. Todos estos son reglas o principios imperativos del derecho de sociedades anónimas. Ahora bien, no cabe duda de que las partes pueden obligarse a no adoptar acuerdos (por ejemplo, modificaciones estatutarias, nuevos planes de negocios o cualquier otro tipo de acuerdos) sin el consentimiento de todos los socios, o a no transmitir las acciones por un período de determinados años, o incluso a disolver la sociedad a ins-

4 El lector interesado en estos aspectos puede consultar el estudio de M. Kahan y M. Klausner: «Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or «The Economics of Boilerplate»», *Virginia Law Review*, 83, 1997, pp. 713 ss., esp. 718-729.

5 Este punto de vista lo he desarrollado en C. Paz-Ares: «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)», en C. Paz-Ares (coord.): *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997, pp. 159 ss.

tancia de uno o varios socios. Tales convenios suelen ser admitidos por doctrina y están a la orden del día en la práctica de los acuerdos de accionistas. Esta constatación pone de relieve que existe cierta inconsistencia, pues si los pactos que contienen reglas contrarias a normas imperativas de la sociedad anónima debieran efectivamente juzgarse inválidos, no podrían aceptarse —como en cambio a menudo se hace— todos estos que, indiscutiblemente, se oponen a principios imperativos dentro de la sociedad. El ejemplo pone de manifiesto el desfase o *decalage* que existe entre los pronunciamientos teóricos y las distintas soluciones prácticas.

(ii) Aunque quizá no resulten tan fáciles de aceptar intuitivamente, estas conclusiones se extienden también a aquellos supuestos en que los pactos parasociales se contraponen o enfrentan a reglas imperativas de la sociedad anónima o limitada establecidas por razones de protección de aquellas partes que se encuentran en una relación formal de supeditación respecto de otra, lo que en otro lugar he llamado normas paternalistas. Ejemplos de esta índole son las normas que regulan la relación entre socios y administradores o entre mayoría o minoría. Como es sabido, con el fin de proteger a los socios —como dueños—, nuestra legislación o la doctrina que la interpreta consideran imperativos los principios de libre revocabilidad de los administradores (art. 223 LSC), de responsabilidad de los administradores (art. 236 LSC) o la definición de los derechos de minoría. A nuestro modo de ver, estos principios de ordenación de las sociedades de capitales no deben impedir tampoco pactos parasociales opuestos: por ejemplo, el pacto de irrevocabilidad de los administradores —muchas veces establecido para asegurar que una minoría tenga su representación en el Consejo— o un pacto de limitación de la responsabilidad de los administradores, o incluso un pacto por el que las partes se obliguen o queden excluidas de ciertos derechos de minoría (por ejemplo, estableciendo que una mayoría reforzada legalmente (v. gr. art. 201.2 LSC) no es aplicable). El establecimiento de estas reglas «por fuera» no tiene más límites que los generales: así, por ejemplo, debe admitirse un pacto de irrevocabilidad (u otros de similar significación como pueden ser los blindajes o *golden parachutes*), salvo en supuestos límite (por ejemplo, que la revocación obedezca a una justa causa —incumplimiento grave, inhabilitación, etc.— o un pacto de limitación de la responsabilidad, siempre y cuando —de conformidad con las reglas generales— alcance solo a la negligencia y no al dolo (art. 1091 CC), y en el

entendido de que, desde luego, no valdrá respecto de las acciones de responsabilidad para las que están legitimados terceros acreedores. En este caso, por la propia limitación derivada del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC). Nuestra doctrina duda de la validez de estos arreglos. No obstante, en nuestra opinión, no ofrece un razonamiento sólido, sino meramente intuitivo. La idea general de que contradice principios imperativos de la sociedad anónima no vale, como hemos visto en el apartado anterior. En realidad, estos pactos no afectan a la estructura pública y llamada a circular y, por eso, no contradicen los intereses asociados a la preservación de los rasgos configuradores del tipo.

(iii) Los casos probablemente más delicados se plantean en relación con aquellas normas de la sociedad anónima que definen imperativamente los derechos individuales del socio: voto, información, impugnación, suscripción preferente, etc. (v. art. 93 LSC) y que obedecen a razones de protección en cierto modo asociadas a lo que he denominado el «prejuicio político», que se basa en una inexacta traslación de los valores de la *polis* a la vida de los negocios. La imagen persuasiva de la democracia y de los atributos que le son propios —derechos del individuo, participación efectiva en la vida pública, etc. (v. art. 93 LSC)— llevan así a institucionalizar, consciente o inconscientemente, el estatuto del socio como el estatuto del ciudadano. No debe extrañar por ello que con frecuencia se ponga la proa a aquellos pactos parasociales que tratan de reestructurar en las relaciones internas esta asignación de derechos: por ejemplo, los dirigidos a establecer un voto plural a favor a algunos socios (piénsese en un sindicato de voto en virtud del cual los socios se obligan a votar lo que decida la mayoría y en esa mayoría a unos socios se les otorgan más votos de los que corresponden a sus acciones) o que de cualquier otra forma desproporcionan la relación capital-voto (v. gr. sindicatos que establecen mayorías de personas); o dirigidos a suprimir el derecho de impugnación (los socios se obligan a no impugnar los acuerdos, previendo por ejemplo que resolverán sus conflictos en atención a lo que decida alguien) o a limitar el derecho de información (de manera que se obligan a no ejercitar su derecho información en la junta en relación a ciertas cuestiones), o a suprimir el derecho de suscripción preferente (por ejemplo, los socios de una sociedad profesional que se obligan a renunciar o no ejercer su derecho en aquellos aumentos de capital destinados a promover la incorporación de

los asociados a la condición de socios). En nuestra opinión, las reglas imperativas a que se oponen estos pactos se hallan también dentro de la imperatividad tipológica y, por consiguiente, no constituyen límite alguno para los pactos parasociales.

5 · LA «PRUEBA DEL NUEVE»

Conjeturo que los institucionalistas más confesos y recalitrantes no aceptarán mi argumento por entender que los valores autónomos que encarna el tipo para el buen orden societario no pueden ponerse en peligro ni siquiera en las relaciones internas de los socios. Las «emociones protectoras» que preservan su discurso son tan fuertes que es difícil hacer mella en ellas. No obstante, pienso que habrá también algún lector más propenso a aceptar nuestros planteamientos, pero que con todo puede abrigar ciertas dudas e incluso sentirse intranquilo a la hora de dictaminar sobre la legalidad de un pacto parasocial que contradiga reglas imperativas de la sociedad anónima o limitada. Para estos últimos dubitativos quizá les convenza lo que llamaría la «prueba del nueve», que se basa en el conocido argumento de la «trivialidad del derecho de sociedades»⁶. Mi idea se basa en la instrumentación de los pactos no en el campo obligacional de la sociedad interna, sino en el campo organizativo de la sociedad externa. En efecto, si debiera prevalecer la tesis de que no caben los pactos que atenten con-

tra principios imperativos y configuradores del derecho de sociedades, ello no impediría que se llevasen a cabo. Lo único que sucedería es que las partes se verían obligadas a reestructurarlos en el contexto de una sociedad externa, y este mecanismo es difícilmente contestable. Es indudable, en efecto, que los miembros del pacto podrían aportar sus acciones a una sociedad civil y colectiva —en cuyo caso el accionista de la anónima o limitada sería la sociedad personalista— y organizar dentro de la sociedad colectiva los sistemas de decisión, de atribución de derechos o de circulación de las participaciones que les conviniesen. Nada impide, efectivamente, que las decisiones de la sociedad civil o colectiva se organicen sobre la base de cabezas o de voto plural, que se limiten los derechos de información de algunos socios, que se nombre administradores privativos, que se limite la responsabilidad de los administradores, etc., etc.; y si es así, habríamos logrado el efecto en la sociedad anónima, cuya junta y órgano de administración sería la sociedad colectiva. No es momento de detallar cómo podría articularse la descodificación del derecho de la anónima a través de la interposición entre los socios reales y la sociedad de una sociedad civil o colectiva. Creo que todo el mundo lo comprende. Y siendo así, mi pregunta es clara: ¿qué sentido tiene no permitir estructurar los mismos resultados en el plano obligacional de una sociedad interna, que es en lo que última instancia se basa el pacto parasocial?⁷

⁶ El argumento ha sido desarrollado por Bernard Black en un célebre trabajo de lectura obligatoria para quienes se preocupan por los temas relativos a la imperatividad (v. B. Black: «Is Corporate Law Trivial?: A Political and Economic Analysis», *Northwestern University Law Review*, 84, 1990, pp. 542 ss).

⁷ El presente trabajo constituye una versión algo modificada del publicado por el autor en *La Ley* 7714 (13-X-2011), pp. 12 ss.