

Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces

Maria Isabel Sáez Lacave

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

*Abstract**

Los pactos parasociales constituyen en España una de las materias que más conflictividad presenta en el derecho de sociedades, particularmente en relación con sociedades cerradas. Tres recientes sentencias del Tribunal Supremo atestiguan este juicio. La cuestión es importante, porque constituye una práctica habitual y racional en la vida societaria, y la incertidumbre es mala consejera de la actividad empresarial. La tesis que se defiende es que los pactos parasociales de todos los socios componen –junto con los estatutos– el contenido contractual de la sociedad. De hecho, en gran medida, los pactos parasociales contienen las reglas de gobierno corporativo de estas sociedades, que vienen a regular las relaciones entre los socios pactadas por unanimidad. Desde esta perspectiva, la absoluta separación dogmática entre el derecho de sociedades y el derecho de obligaciones debe ser revisada.

Shareholders' Agreements produce in Spanish Corporate Law a substantial level of disputes, most notably regarding close corporations. Three recent decisions of the Spanish Supreme Court on the matter bear witness to this statement. The matter is extremely relevant, given that Shareholders' Agreements are a common and desirable ingredient of corporate life, and legal uncertainty is harmful for entrepreneurship. The main proposal in the paper is that Shareholders' Agreements comprising all shareholders in the company, together with the bylaws build the contractual structure of the company. In fact, to a large extent Shareholders' Agreements contain the rules on corporate governance of the company, and thus, intend to govern unanimously the relationships among shareholders. From this viewpoint, the absolute segregation, within the legal theory of the corporation, of Corporate rules from Contract rules should be revisited and revised.

Title: Shareholders' Agreements in Spanish Law. A matter to be decided by Judges

Palabras clave: pactos parasociales, oponibilidad, sociedad cerrada

Keywords: Shareholder's Agreements, Enforcement, Close Corporation

Sumario

- 1. Racionalidad y justificación de los acuerdos entre accionistas**
- 2. El dogma de la separación entre el mundo obligacional y el mundo societario y las razones de su crisis**
- 3. La piedra de toque: el problema del oportunismo**
- 4. Los efectos de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo**
- 5. Bases para una redefinición de los pactos parasociales omnilaterales**
- 6. Tabla de sentencias citadas**
- 7. Bibliografía**

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "Derecho mercantil y análisis económico del Derecho V" (DER 2008-04779/JURI), dirigido por el Profesor Paz-Ares. La autora desea agradecer los comentarios y las observaciones de Jesús ALFARO, Cándido PAZ-ARES y Fernando GÓMEZ-POMAR.

Las controversias originadas por el cumplimiento de los pactos parasociales constituyen uno de los flancos más débiles de la ordenación privada de la vida societaria. Las insatisfacciones que provocan los pactos de socios guardan parecido con otras experiencias habidas en el derecho de sociedades, y que se caracterizan porque el “deber ser” definido por la ley entra en conflicto con la realidad, con el “ser”. Son una prueba más, entre muchas con que ya contábamos, de que la total ausencia de empirismo en el conocimiento del Derecho pervive, muy arraigada, entre nosotros.

Con todo, el riesgo más grave de dar la espalda a la realidad en este ámbito, más allá de las ineficiencias y los costes que comporta, es el del oportunismo. Nos enfrentamos aquí con situaciones en las que la observancia estricta de la letra de la ley permite amparar incumplimientos estratégicos y comportamientos desleales, actuaciones que el Derecho está llamado a combatir. Este riesgo es patente y, por ello, los operadores jurídicos -los jueces, en especial- vienen esforzándose en minimizar los supuestos de oportunismo más clamorosos e intolerables, valiéndose de las tretas jurídicas más dispares para conseguir poner coto a las conductas indeseables. En buena lógica, este es el cometido principal de los jueces; a saber, identificar el fraude y las conductas deshonestas, aún cuando estén revestidas de la apariencia de corrección y de legalidad.

Las reflexiones que se vierten en estas páginas vienen motivadas por la perplejidad que producen algunas sentencias, en las que no puede ejemplificarse con mayor claridad la deslealtad y el oportunismo en sociedades cerradas, incluso a los ojos de quién no esté adiestrado profesionalmente para reconocer la mala fe. El dilema es claro: o se hace cumplir a rajatabla la letra de la ley -y, por consiguiente, dictaminar la inoponibilidad a la sociedad de los pactos parasociales, abriendo peligrosamente la puerta al oportunismo-, o se obliga al cumplimiento del pacto. Actualmente la cuestión es muy incierta, lo cual pone a prueba la audacia y el ingenio de los profesionales del derecho para articular mecanismos contractuales que posibiliten el *enforcement* societario del pacto parasocial (una de las fórmulas más usadas es la de introducir los pactos a través de prestaciones accesorias)¹. Nótese que estas estrategias constituyen de por sí una seria disfunción. Cuando los riesgos de la litigación no pueden ser previstos con cierta confianza, es de suponer que las partes se abstendrán de involucrarse en actividades socialmente productivas, o tomarán excesivas y costosas precauciones para reducir su riesgo. Es más, el hecho de que las reglas jurídicas comporten un alto coste administrativo es ya una buena razón para hacernos reflexionar seriamente sobre su racionalidad. Pero mientras llegue ese momento, sus excesos deben ser combatidos con los instrumentos que nos brinda el derecho vigente. La pelota, al menos eso parece por el número de casos que se suscitan, está en el tejado de los jueces.

¹ Las opciones son muy diversas -prenda de acciones sindicadas, titularidades fiduciarias, etc.-. La vía de las prestaciones accesorias es quizás una de las más asentadas: al respecto, FERNÁNDEZ DEL POZO (2008, pp. 175-183).

1. Racionalidad y justificación de los acuerdos entre accionistas

1. La fenomenología de los pactos parasociales es muy variada. A los efectos de este trabajo, es oportuno detener la mirada de manera diferenciada en relación con dos tipos de pactos, los realizados por todos los socios, de una parte, y los realizados por un grupo de socios nada más, de otra. Los primeros son frecuentes en el entorno de las sociedades cerradas, o de pocos socios, con independencia de que se acojan a la forma social de la sociedad anónima o a la de la sociedad de responsabilidad limitada. Los segundos son los casos más paradójicos de *pools* o conciertos creados con el objetivo de administrar el control de una sociedad. Pues bien, aunque en ambos casos se trate de pactos extraestatutarios, el dato más relevante no es su forma, sino la función económica que pretenden cumplir, y desde esta perspectiva presentan importantes diferencias.

El supuesto que nos viene a la cabeza cuando nos imaginamos un pacto parasocial es el de los pactos paradigmáticos de sindicato de voto o el de los pactos de control de las grandes sociedades bursátiles². Jurídicamente, se trata de sociedades internas entre los firmantes para concertar y ordenar el control –material, sustantivo o económico– de la sociedad³. Por ello, los firmantes son socios de referencia o con –potenciales– derechos de control, pero no son todos los socios. Por definición, no podrían serlo todos, pues no todos de hecho “aportan” al control. El propósito más básico de los mismos es convenir una estrategia conjunta de adopción de decisiones sociales, articulando a la vez un sistema de sanciones para el que se aparte del guión acordado.

Es primordial distinguir los pactos de algunos socios, los pactos de control a que se ha hecho referencia, de los pactos parasociales de todos los socios. La diferencia fundamental estriba en que *los acuerdos de todos los accionistas son en sustancia complemento del contrato social tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos –pactos más estatutos– conforman desde una óptica económica, un contrato –más– completo de sociedad*⁴. Los pactos parasociales omnilaterales recogen en esencia las reglas de gobierno –corporativo– de la sociedad, reglas que en las sociedades cerradas tienen un amplio contenido contractual, y que en gran medida vienen a reglamentar actuaciones

² Estos pactos han merecido la atención detenida de la doctrina. Actualmente nadie duda de su validez. Los pactos para concertar el control adquieren distinta fisonomía en función de la estructura de propiedad de la sociedad, y de la estructura empresarial. Así, en Alemania son comunes los pactos de carácter familiar, o en el seno del grupo de sociedades, v. HOFFMANN-BECKING (1994, pp. 442, 459-460); HOPT (1997, p. 1). En España, son frecuentes los pactos de control entre varios socios de referencia, los llamados bloques de control.

³ A este respecto, v. por todos, NOACK (1994, pp. 40 ss. y 191 ss.); ULMER (1989, § 3, marginal 116, p. 231); y MUNCHKOMM BGB (2006, § 705, marginales 229 ss. y 237).

⁴ Desde la perspectiva económica el contrato completo es el contrato idealmente óptimo (MASKIN y TIROLE (1999, pp. 83 ss.)) que contempla todas las circunstancias imaginables y ofrece para cada una la respuesta que maximiza el valor del contrato. Desde una perspectiva más jurídica –y realista–, se podría traducir esta noción de contrato incompleto y entenderla como la que describe aquellos contratos que “fracasan” al especificar una o más de las obligaciones esperadas de las partes, dadas todas las posibilidades de estados del mundo que pudieran acontecer durante la vida del contrato. Mayores indicaciones, en AYRES (1998, pp. 585 y ss.); SCHWARTZ (1998, pp. 277 y ss.)

y pautas de comportamiento de los socios en situaciones de conflicto de interés⁵. En efecto, el mayor reto al que se enfrentan estos acuerdos es el de superar las insatisfacciones que provoca la separación formal entre propiedad y control que sustentan las organizaciones de estructura corporativa, y en virtud de las cuales los socios mayoritarios detentan *de facto* el poder de nombrar administradores y de gestionar la totalidad de los recursos sociales⁶. La racionalidad económica de la especialización es productiva, sin duda, pero lo cierto es que no se ajusta fácilmente a la fisonomía real de unas sociedades en las que los socios están decididos a controlar su inversión personalmente y a diario desde dentro de la sociedad. Desde esta óptica, el propósito de la ordenación privada es reducir los conflictos entre los socios en relación con el control de la sociedad, que generalmente son conflictos mayoría-minoría, pero también pueden ser acuerdos de control conjunto. En el primer caso, serían pactos entre socios con poder de control y socios sin poder de control, y se trataría de ajustar las relaciones entre unos y otros socios con el fin de evitar que unos socios puedan aprovechar su poder de decisión dentro de la sociedad para obtener beneficios privados en perjuicio del resto de los socios⁷. En el segundo, serían pactos entre todos los socios, que además, son administradores, tratando de articular las fórmulas más productivas para ejercitar el control de forma conjunta y superar las situaciones de bloqueo.

Algunos ejemplos extraídos de la práctica nos pueden ayudar a ilustrar la cuestión. Pensemos que los socios pactan de antemano que el socio mayoritario tiene la obligación de informar de todas las operaciones vinculadas que realice con la sociedad y en caso de que excedan de un valor dado, se exige que deban hacerse en condiciones de mercado. O que se convenga que las operaciones vinculadas de los socios, a partir de una cantidad, se aprueben en el seno del órgano de administración con la abstención de los administradores que representen al socio en conflicto. O que se limiten internamente las facultades delegadas de los consejeros para actos que excedan

⁵ La idea de que los pactos parasociales de todos los socios no son meros pactos obligatorios al margen de la sociedad la defiende una parte -minoritaria- de la literatura alemana, siguiendo a NOACK (1994, pp. 37-38; 156 ss.); y tiene el refrendo de la jurisprudencia (BGHZ 48, 163 ss. = NJW 1983, pp. 1910 ss.; BGH= NJW 1987, pp. 1890 ss.). La idea que subyace es que, con frecuencia, en estos pactos los socios manifiestan su voluntad de regular sus relaciones internas, bien sea concretando el contenido de los deberes de lealtad de los socios o estableciendo deberes de los socios. En consecuencia, los compromisos adquiridos no les obligan como meros firmantes de un pacto obligatorio, sino como socios de la sociedad, SCHMIDT (1998, § 243, marginal 19, p. 59). En contra, ULMER (1987, p. 1852).

⁶ El propósito de estos pactos es reducir el riesgo de oportunismo de la mayoría, que tiene su origen en un sistema de administración centralizada y en la regla de mayoría para la adopción de las decisiones sociales, como bien ha detectado desde antiguo la doctrina societaria americana, v. THOMSON (1988, p. 199); O'NEAL y THOMPSON (1985, §§ 2: 01-2:20)

⁷ Los problemas de agencia de las sociedades cerradas están bien identificados, y en gran medida tienen que ver con la obtención de los ingresos generados por los socios a través de su participación en la sociedad, bien sea a través de la distribución de beneficios, o bajo la forma de salarios. Los mayoritarios pueden abusar de su situación y oprimir a los minoritarios porque los costes de salida son muy altos. Sobre este particular, ROCK y WACHTER (1993, pp. 913 ss.); y ALFARO. Las fórmulas contractuales diseñadas y probadas para gobernar estos conflictos son también bien conocidas, O'NEAL y THOMPSON (1985, § 9:05-9:14).

una cantidad determinada. O, en fin, pactos del tipo de los que han enjuiciado las sentencias recientes del Tribunal Supremo en la materia: pactos que instauran un sistema de representación proporcional en una sociedad de responsabilidad limitada, y que el Alto Tribunal ha entendido con toda razón válido e inscribible, a pesar de la prohibición que contempla el art. 191 RRM, que carece de cobertura legal (STS, 1ª, 6.3.2009 (JUR 2009\140201; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel)); pactos que articulan un alambicado sistema de administración y representación de la sociedad (STS, 1ª, 6.3.2009 (JUR 2009\140200; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel)). En ambos casos, tales pactos se introducen con el propósito de evitar los conflictos surgidos entre los socios mayoritarios y los socios minoritarios. Nótese que estos pactos cumplen una función equivalente a la que tienen encomendada los deberes fiduciarios, que no es otra que combatir el oportunismo en el seno de las sociedades. En algunos supuestos los pactos tienen el objeto de desarrollar o concretar tales deberes, pero fundamentalmente suministran reglas de actuación en situaciones que la experiencia atestigua como potencialmente conflictivas, con el propósito de evitar -o al menos minimizar- los costes que los conflictos de intereses pudieran acarrear a la vida social.

Como se puede apreciar, los pactos parasociales de todos los socios que complementan el contrato social en sentido estricto son de gran transcendencia, pues de no acordarse el contenido de tales pactos, las partes probablemente no entrarían en la relación societaria. Sería absurdo por parte de los socios poner dinero, sin condiciones, en manos de la gestión de otros, por eso, lo que hacen es clarificar los aspectos críticos de la futura relación societaria con carácter previo a la decisión de invertir el dinero en el negocio⁸. Dicho con otros términos, los socios (minoritarios) que no tienen derechos de control o que los tienen compartidos con todos los demás, se avienen a poner en común parte de su patrimonio porque obtienen determinadas garantías contractuales de que las decisiones relativas a la gestión de los recursos van a tomarse de manera leal y acorde también con sus intereses. Desde esta óptica, estos pactos son productivamente eficientes. En efecto, la cuestión sería meramente distributiva si afectara sólo al reparto entre los socios, pero lo cierto es que los conflictos entre socios son además ineficientes o costosos para el bienestar común, porque los socios van a destinar energías y recursos sociales para capturar una porción mayor del resultado común, en vez de cooperar para que la sociedad sea más productiva. Naturalmente, el contrato -más- completo entendido en estos términos es sólo factible en aquellas sociedades en las que los socios tienen capacidad de defender sus intereses a través de la contratación, es decir, en las sociedades cerradas o compuestas por un número reducido de socios⁹. En cambio, en las sociedades cotizadas este tipo de reglas son suministradas en sustancia

⁸ Para quienes piensen que la contratación no es necesaria, porque la ley ya prevé cualquier contingencia de antemano, la respuesta es simple: si así fuera, no habría acuerdos de accionistas, o habría muy pocos. Y la experiencia empírica pone de manifiesto que se trata de una práctica frecuente. Sería irracional por parte de los socios contratar, que siempre es costoso, si no fuera preciso. Se trata más bien de otra constatación del teorema de Coase, las ineficiencias de la norma se salvan a través de la contratación.

⁹ En Estados Unidos se debate si la producción de reglas relativas a la protección frente a la mayoría (*majority shareholder oppression*) debería encomendarse no sólo a la ordenación privada, sino también al legislador y a los jueces. En contra se levantan voces que temen -con buen criterio- que a la postre traigan más perjuicio que beneficio, porque muchas de esas medidas conducirían a la "mayorización" de la minoría, creando incentivos para que los socios minoritarios se atrincheren en comportamientos oportunistas, EASTERBROOK y FISCHER (1992,

por la normativa del mercado de valores o las recomendaciones de los códigos de gobierno, simplemente porque los problemas de acción colectiva impiden a los inversores protegerse de forma contractual, en cuyo caso, la ley *-hard o soft-* lo hace en su lugar. Sin olvidar, claro está, que el mercado constriñe el comportamiento de los *controllors*, aunque sólo sea porque los inversores disgustados e insatisfechos pueden, en último término, irse con su inversión a otro lado.

2. La conclusión a la que llegamos es que los desajustes que el modelo legal corporativo origina en las sociedades cerradas no se corrigen adecuadamente a través de la producción normativa de carácter legal o judicial, sino a través de la reglamentación privada. No es posible reducir la conflictividad societaria a través de un modelo normativo que se ajuste a cada manera de ser societaria, ni tampoco a las contingencias que en cada caso se puedan presentar. La contratación permite consensuar los derechos y deberes de los socios cuando los previstos por la ley no se consideren apropiados. La cuestión entonces es cómo articular el contenido contractual de la sociedad de manera eficiente, es decir, se trata de que la reglamentación pactada contribuya de forma efectiva a reducir el incumplimiento por cualquiera de las partes. Desde esta perspectiva, la reglamentación privada de la sociedad se compone de dos tramos: la contratación estatutaria y la contratación extraestatutaria o parasocial. Se trata de mecanismos contractuales distintos –las reglas de celebración y de modificación no coinciden, al igual que tampoco lo hacen los remedios que despliegan en caso de incumplimiento–, por lo que en abstracto, cada cual puede ser aprovechado para procurar los máximos beneficios para la sociedad y para sus socios. En función de sus características y de sus efectos, los socios podrían decidir cuál sería la combinatoria contractual –de pactos estatutarios y extraestatutarios– que mejor optimice sus relaciones internas. Así mirado, el papel del derecho sería justamente proveer a las partes de las condiciones necesarias para que puedan libremente acogerse a los pactos que estimen oportunos, y garantizar la eficacia y el cumplimiento de los mismos.

Hay acuerdos, en efecto, que típicamente son estatutarios, y otros que típicamente son extraestatutarios. Entre los primeros destacan las reglas sobre el funcionamiento de los órganos sociales, como por ejemplo, reglas específicas de mayorías o de quorums. Entre los segundos son paradigmáticos los pactos que ni siquiera pretenden vincular a la organización social, como ocurre con los pactos de relación –que son neutros respecto de la sociedad– o con los pactos de atribución –que se limitan a atribuir ventajas a la sociedad¹⁰. Es más, muchos de estos pactos articulan un sistema de autoejecución o *self-enforcement*, que puede resultar más efectivo para sus fines que el propio sistema de cumplimiento de naturaleza societaria¹¹. Con todo, la franja más nutrida de los pactos al uso podría tanto integrarse en estatutos como quedar fuera de los

pp. 284-285). Sobre el trade-off entre el oportunismo de la mayoría y de la minoría en el contexto de las sociedades cerradas, O'KELLEY (1992, p. 219).

¹⁰ En este sentido, ULMER hace un recorrido por la tipología de estos pactos, *Hachenburg Grosskomm. GmbHG*, § 3, marginales 120–123, pp. 233-234. Entre nosotros, está consolidada la clasificación tripartita realizada en su día por OPPO (1942, pp. 6-12), v. por todos, PAZ-ARES (2003, pp. 19-20).

¹¹ SÁEZ y BERMEJO (2008); y en www.indret.com.

mismos. La decisión de contratar de un modo o del otro viene determinada por dos directrices fundamentales: la voluntad de contratar fuera de los estatutos y la prohibición de hacerlo dentro de los estatutos.

Existen unos pactos que son “naturalmente” parasociales. Se trata de aquellos acuerdos que las partes voluntariamente quieren sustraer del régimen legal societario. La razón por la cual las partes no tienen interés en dotar a estos pactos de rango estatutario es simplemente porque no les aporta ningún beneficio adicional y, en cambio, les resta eficacia. Una razón de peso en este sentido es el sometimiento voluntario a la regla de la unanimidad, tanto a la hora de adoptar el acuerdo como, sobre todo, a la hora de modificarlo –piénsese que uno de los propósitos destacados de los minoritarios es no estar a expensas de la regla de la mayoría-. Como se puede apreciar este tipo de pactos cumplen una función insustituible de gobierno: el consenso en materias sensibles es un mecanismo muy poderoso para crear confianza y limitar la expropiación, y por ello es sensato que las partes sometan acuerdos de esta naturaleza a la regla de la unanimidad. La contratación estatutaria, por muy flexible que pueda llegar a ser, no está diseñada para suplir la contratación más genuinamente parasocial.

En cambio, en otros casos, los socios otorgarían carácter estatutario al acuerdo si estuviera en su mano. El grado de libertad estatutaria de la ley societaria –o *a sensu contrario*, de imperatividad normativa– determina también el volumen de los pactos parasociales. Entre nosotros lo que sucede es que como el contenido de los estatutos está limitado restrictivamente por ley, muchos de estos pactos que expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización y su funcionamiento, directamente no tendrían cabida dentro de los –relativamente– estrechos límites de los estatutos sociales tal y como se diseñan legalmente¹². Esta circunstancia, en principio, no tendría mayor trascendencia si la contratación parasocial de carácter organizativo fuera eficaz y desplegara los efectos programados en la sociedad. Pero lo usual es que los ordenamientos que restringen la libertad contractual en materia societaria lo hagan interviniendo tanto la reglamentación estatutaria como la extraestatutaria.

2. El dogma de la separación entre el mundo obligacional y el mundo societario y las razones de su crisis

El objeto de este trabajo se circunscribe a los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios que, como se ha anticipado, complementan las reglas estatutarias de la sociedad para acercarlas más al contrato completo, en sentido económico, entre los socios. La función del Derecho de Sociedades sería, por lo tanto, facilitar y garantizar la celebración y eficacia de la reglamentación societaria, cualesquiera que fuera la fórmula contractual utilizada para establecer tales pactos. Sin embargo, tradicionalmente nuestro Derecho de Sociedades –al igual que el resto de los Derechos continentales– ha puesto trabas limitando la capacidad de contratación de los

¹² En este sentido, CÁBANAS y BOARDELL (2001, p. 102): “el rigor de la calificación registral, no pocas veces secundado por la DGRN, lleva en la práctica a que muchas veces los particulares prefieran incorporar ciertos pactos a un contrato parasocial, antes que arriesgarse a una calificación desfavorable”.

socios de sociedades de estructura corporativa. La primera traba ya ha sido aludida: la fuerte restricción a la libertad de los socios de modular estatutariamente el contenido del contrato diseñado por la ley (arg. ex. art. 9 LSA). La segunda traba se refiere a la negativa del derecho de sociedades para reconocer la eficacia societaria de los pactos parasociales (arg. ex. art. 7 III LSA). Como es sabido, la regla de la inoponibilidad se fundamenta en el carácter de tercero de la sociedad frente a los pactos obligatorios entre los socios.

Puestas así las cosas, lo que urge ahora es preguntarse por qué la reglamentación de parte del contenido obligatorio del contrato de sociedad al margen del contrato social despierta tantas reticencias, cuando no hay duda de que estos pactos –estén en el contrato social o fuera de él–, son de naturaleza societaria y los firman todos los socios: las partes del pacto parasocial y los socios de la sociedad coinciden. El buen juicio nos advierte que la voluntad de los socios es, en efecto, que sus pactos de carácter organizativo rijan la vida societaria y sean oponibles a la sociedad, y no que sus pactos les vinculen entre sí en una relación distinta de la societaria cuando lo que pretenden es regular sus relaciones sociales. Lo contrario nos llevaría a admitir que los socios habitualmente actúan de manera esquizofrénica al atender y reglamentar sus intereses. La dogmática al uso no se cansa de repetir el apriorismo del divorcio entre el derecho de obligaciones y el derecho societario, *ergo*, que los acuerdos parasociales son eficaces como lo que son, pactos de carácter obligacional, pero no como lo que no son, pactos de carácter societario. En fin, no se acaba de atisbar por qué hay mayor tolerancia jurídica hacia estos pactos en unos ordenamientos que en otros. Estas cuestiones guardan mayor relación entre sí de lo que a primera vista pudiera sospecharse.

1. Dogmáticamente, la absoluta ajeneidad de la sociedad respecto de los socios hunde sus raíces en una concepción trasnochada de las corporaciones que arranca de la teoría de la concesión, y que aunque ya carente de soporte legal, está bien sedimentada en la manera que tenemos de razonar y pensar acerca de estas cuestiones. Se trata de la vieja idea de la personificación o subjetivación de la sociedad –la sociedad es una persona o un sujeto de derechos sometido a un derecho especial–, cuyo presupuesto necesario reside en que la inscripción registral otorga la personalidad jurídica¹³. Esta idea es el factor fundamental que de forma apriorística nos lleva a sobrentender que el derecho de obligaciones y el derecho de sociedades son cosas necesariamente distintas. La inscripción hace que la sociedad sea un nuevo sujeto jurídico –distinto a los socios y sometido al derecho de sociedades– que trasciende la capacidad de ordenación privada de los socios. Esto arrastra, al tiempo, dos consecuencias. La primera, que los pactos privados de los socios no pueden afectar a un sujeto ajeno a los mismos, como es la sociedad, por el principio de relatividad de los contratos. La segunda, que el sistema específico de cumplimiento societario no puede activarse y ser operativo en relación con pactos no estatutarios, es decir, pactos obligatorios que no respetan los requisitos de forma y de publicidad registral.

¹³ Este argumento, que forma parte del acervo común, está bien descrito por MADRIDEJOS (1996, pp. 192-193). Así dice que “la trascendencia de la aparición en el tráfico jurídico de un nuevo sujeto, con las consecuencias indicadas, impone la necesidad de extremar el cumplimiento de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico objetivo vincula el reconocimiento de la personalidad jurídica... De esta manera, gran parte de las normas que regulan el contrato de sociedad tienen carácter imperativo...”.

Dicho con otros términos, en el trasfondo del argumento reside el convencimiento erróneo de que los pactos estatutarios o sociales son de calidad superior a los pactos parasociales porque ponen en marcha un sistema de *enforcement* específico de naturaleza legal (acciones de impugnación de acuerdos, etc.). Nótese que en sí no es tanto un impedimento procedente del derecho de la personalidad jurídica (bien mirado, tales reproches serían inconsistentes en relación con la sociedad colectiva), como de la inscripción (por lo tanto, apoyado más bien en prejuicios de corte primordialmente formal): la diferencia entre unos pactos y otros es que unos se inscriben y otros no. En suma, el reproche de fondo se basa en el prejuicio de que las sociedades de estructura corporativa son más bien un invento legal que contractual: son instituciones jurídicas ajenas a los socios, que actúan a través de sus órganos y están sujetas a reglas estrictas de funcionamiento, de carácter legal y legitimadas a través de un control *ex ante* de naturaleza registral. Se crea así un nuevo sujeto –corporativo–, un nuevo derecho –corporativo–, un nuevo sistema de *enforcement* –corporativo–. En definitiva, el poso de la teoría de la concesión.

2. La raíz del problema parece que tiene que ver con concepciones no actualizadas de las corporaciones y del derecho de sociedades. La cuestión se ve a las claras en un rápido análisis del derecho comparado. Como es sabido, en los ordenamientos de derecho continental se ha venido considerando que los pactos parasociales se realizan extramuros de la sociedad, en el terreno del derecho de obligaciones. En cambio, en otros ordenamientos, claramente los de los Estados Unidos de América, se ha entendido que se trata de reglas de organización interna de la sociedad pactadas por todos los interesados y, por tanto, de naturaleza societaria¹⁴.

La explicación puede proceder de una regulación decimonónica del derecho de la persona jurídica que todavía arrastran los derechos societarios europeos, aunque se haya ido atemperando en sus perfiles más duros¹⁵. En efecto, a finales del siglo XIX las formas organizativas de las sociedades de capital se hacen accesibles para quienes deseen beneficiarse de las ventajas de la responsabilidad limitada y de la libre transmisibilidad de las acciones. Pero como se consideran una suerte de privilegios que entrañaban serios riesgos para terceros, el legislador articula la organización social como una estructura muy rígida, metálica casi, con el objeto de reducir al mínimo los efectos externos negativos de tal limitación¹⁶. La receta que se ensaya es imponer a las corporaciones una regulación muy exigente e imperativa, diseñada por el

¹⁴ Esta es la posición de las regulaciones societarias de los estados americanos (ver THOMPSON (1990, pp. 393-394). Es muy esclarecedor el comentario oficial a la sección 7.32 del *Model Business Corporation Act*. El mismo análisis cabe en el derecho inglés, v. CADMAN (2004).

¹⁵ Es ilustrativo en este sentido el trabajo de HANSMANN, KRAAKMAN y SQUIRE (2006, pp. 1335 ss.)

¹⁶ Debe hacerse notar que en los últimos 25 años ha habido una política en los ordenamientos norteamericanos de ampliar el *numerus clausus* de las formas sociales con el objeto de dotar de responsabilidad limitada a formas sociales que tradicionalmente no disfrutaban de ella, como es el caso de las sociedades de personas. Las nuevas formas sociales deben entenderse como un paso más en el desarrollo del derecho de las corporaciones, y la sustitución de los mecanismos “societarios” de protección de los acreedores por otros mecanismos contractuales más afines. Para mayor detalle, v. HANSMANN, KRAAKMAN y SQUIRE (2007, pp. 59 ss.).

legislador, y en la que la libertad contractual prácticamente no tiene cabida. Esta dinámica es común en todas las legislaciones de la época, lo que ocurre es que mientras los sistemas más avanzados de entre los del *Common Law* experimentan pronto una tendencia hacia la progresiva liberalización de la imperatividad normativa en el diseño de las organizaciones sociales, los derechos continentales se muestran muy reacios –y algunos hasta beligerantes– a adentrarse por esa senda. Acaso la particularidad de los derechos continentales se explique en parte por el hecho de que la tarea de vigilar la corrección de la fundación de la sociedad y la legalidad de su organización se encomienda al Registro Mercantil, legitimándose así una importante línea de resistencia. En cambio, en los ordenamientos del *Common Law* la libertad contractual entra a disciplinar materias y asuntos antes sometidos al monopolio del legislador, como son el reparto de las ganancias y la asignación del control.

Esta progresiva privatización de la materia es consecuencia del desarrollo de mecanismos contractuales alternativos para proteger tanto a los acreedores como a los inversores, que vienen a sustituir a los instrumentos de protección de corte organicista, basados en restricciones de carácter organizativo. El grueso de esta tarea, articulada en el seno del derecho de sociedades a base de dictados imperativos e inflexibles, se traslada en buena medida a otros sectores del ordenamiento que posteriormente han experimentado un importante desarrollo. Es claro que el avance del derecho concursal y la mayor sofisticación de la contratación de los acreedores sociales contribuyen a descargar de rigidez al derecho societario, y otro tanto podría decirse de innovaciones acaecidas en otros terrenos, como por ejemplo, en el régimen de la contabilidad o de la contratación comercial. En esta dirección habría que interpretar la crisis que estamos presenciando del modelo tradicional del capital social¹⁷. Se mejora, en definitiva, la tecnología jurídica para reducir las externalidades negativas de las estructuras societarias a un coste de transacción y de eficacia del Derecho globalmente más bajo. Entonces el derecho societario cumple una función sustancialmente dispositiva, y la libertad contractual se convierte en el instrumento capital para regular las relaciones sociales¹⁸. Esta tendencia es indubitada en el caso de sociedades cerradas, pero también se puede observar en sede de sociedades abiertas, en cuyo caso el “core” del derecho societario imperativo se residencia en la normativa del mercado de valores.

Todo ello parece indicar que la estructura societaria corporativa está siendo de manera creciente una cuestión contractual, lo que significa una mayor delegación a los sujetos directamente implicados –socios y administradores– de la responsabilidad de diseñar sus relaciones intrasocietarias. Como se puede apreciar, este camino no se ha andado en los ordenamientos europeos y, en consecuencia, aguantamos costes de contratación más elevados, en gran medida debido a que la incierta eficacia de lo pactado desincentiva pactos que serían eficientes y alienta a la vez comportamientos oportunistas.

¹⁷ Sobre este particular, LUTTER (2006).

¹⁸ La hipótesis de la trivialidad del derecho de sociedades se basa en la constatación de que el derecho imperativo ha perdido peso específico en el derecho de las organizaciones de naturaleza corporativa: BLACK (1990, pp. 542 ss.).

3. No debe extrañar, por ello, que en los entornos de derecho continental tradicionalmente se haya mirado con recelo a los pactos parasociales. Despiertan suspicacias porque se les ve como instrumentos ideados para eludir o rebajar el orden creado por el sistema societario. Son pactos – se dice- que se caracterizan por su falta de publicidad y por su flexibilidad, siendo la inscripción registral y las reglas de modificación de estatutos dos firmes baluartes de la mayor calidad de los pactos societarios¹⁹. Se teme, en efecto, que desde fuera torpedeen la coraza metálica del Derecho de sociedades. Como reacción para combatirlos se ensayan dos estrategias en paralelo: la vía de la invalidez y la vía de la inoponibilidad. La primera pretende atacar la validez del pacto parasocial si vulnera la regulación imperativa de las sociedades de capital. Esta vía parece prometedora pero, a la postre, se revela de efectos limitados²⁰. Si se proclama que los pactos parasociales son pactos obligatorios, sus límites deberán ser en buena lógica los generales de la contratación. En cambio, la segunda vía es mucho más eficaz, porque parte de la base de la validez del pacto, pero restringe drásticamente su aplicación en la esfera jurídica de la sociedad. La estrategia desincentivadora es clara: si los pactos no van a ser efectivos –en lo societario- *ex post*, pierde interés –al menos en términos relativos- su contratación *ex ante*. La conclusión es que los pactos parasociales son pactos obligatorios, pero no pactos societarios “de carácter corporativo”, por lo que tienen plenos efectos entre los firmantes, pero ninguno en relación con la sociedad, ni con sus órganos, ni siquiera entre los participantes en su condición de socios²¹.

¹⁹ La doctrina suele atribuir a la publicidad indeseada la razón fundamental por la que se celebran los pactos parasociales, v. por todos, HOFFMANN-BECKING (1994, pp. 445-446); NOACK (1994, p. 19); PRIESTER (1997, p. 322). La idea de la flexibilidad la arguye, RÖHRICHT (1996, § 23, marginal 240, p. 89); en particular en relación con la rigidez de la normativa de la AG alemana en los casos de sociedades con un número reducido de socios.

²⁰ Históricamente se ha sancionado a los pactos parasociales a través de la nulidad. Esta ha sido la regla tradicional en nuestro derecho (art 6 LSA 1951). Asimismo, ésta ha sido históricamente la posición de la jurisprudencia alemana, v. ULMER (1987, p. 1850). Estas posiciones han sido superadas. La doctrina alemana pone los límites en las normas de derecho imperativo, que son sustancialmente las normas de protección de los terceros, es decir, admite la validez de los pactos, salvo cuando vulneren las reglas sobre las aportaciones o fundamenten cargas para la sociedad, ULMER (1989, § 3, marginales 122-123, p. 234). En detalle, RÖHRICHT (1996, § 23, marginales 241-263, pp. 93-95).

²¹ Esta es la postura mayoritaria de la doctrina alemana, como muestra ULMER (1987, § 3, marginal 118, p. 232), (1987, pp. 1849 ss.) y (2005, pp. 650 ss.); WINTER (1988, pp. 51-52) y (1990, pp. 259 ss.); HÜFFER (2008, §23, marginal 47); RÖHRICHT (1996, § 23, marginal 238, p. 88, y marginal 264, p. 95), llega a hablar de “pactos de naturaleza obligatoria” y “pactos de naturaleza corporativa”; PENTZ (2000, § 23, marginal 194, p. 556).

Por su parte, la doctrina española se ha ocupado poco de esta cuestión con carácter general, a excepción de la cuestión particular de los sindicatos de voto. En sustancia, aunque de forma menos articulada, y siguiendo a la doctrina italiana [en particular a OPPO (1942)], se suscribe esta perspectiva, v. por todos, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1995, pp. 4712 ss.).

El planteamiento expuesto nos viene a decir que para preservar la esencia –y la superioridad– del contrato de sociedad, es preciso mantener a los pactos parasociales en un plano distinto²². Sin embargo, el buen juicio nos persuade de que detrás de los pactos parasociales no hay por lo general una intención secretista o fraudulenta que deba ser refrenada, sino que suelen venir motivados por la necesidad de los socios de velar por sus intereses económicos en la sociedad, que temen no estén suficientemente bien atendidos por la regulación legal o estatutaria. Este es un elemento fundamental para entender el alcance del problema en nuestros ordenamientos: muchos de los pactos entre los socios son el resultado de la imposibilidad legal de incluir sus previsiones en los estatutos. Bien mirado, la ordenación del derecho privado en categorías compartimentadas conduce necesariamente a la rigidez del contrato social. En el fondo del argumento subyace el convencimiento de que existe una rígida separación entre el derecho de obligaciones y el derecho de sociedades. Desde esta óptica, el derecho de sociedades sería, globalmente, una suerte de derecho privado especial, de carácter necesario, que el legislador debe someter a una certera supervisión. Hasta el punto de que es el legislador del derecho de sociedades quien prejuzga y predetermina el contenido del contrato de sociedad. En consecuencia, sólo los pactos “societarios” –es decir, aquéllos sometidos al derecho necesario de sociedades– pueden tener relevancia en la esfera jurídica de la sociedad. En este modelo la reglamentación societaria correría por cuenta del legislador, dejando un margen muy estrecho para la contratación privada.

Pues bien, este planteamiento merece ser revisado en profundidad. Como es sabido, la teoría económica ha identificado y denominado las tensiones y conflictos en el seno de las sociedades como costes de agencia. Desde la perspectiva económica, la reducción de estos costes es el mayor reto al que se enfrenta el gobierno de las sociedades. De hecho, las disensiones entre los socios son la primera causa del fracaso de estas sociedades, o anticipando el resultado, de su bajo índice de contratación. Sin embargo, no parece que haya sido éste el propósito central del legislador del derecho de las sociedades corporativas. Basta con echar una ojeada a la ley de sociedades anónimas o a la de sociedades limitadas para persuadirnos de que la ley regula sobre todo el funcionamiento mecánico de la organización y de sus órganos. En cambio, muchas de las cuestiones que más preocupan a los socios y que constituyen el núcleo de sus conflictos de interés no suelen estar reglamentadas normativamente, o si lo están, tan sólo de forma vaga y superficial, siendo paradigmático el ejemplo de los deberes fiduciarios²³. Es casi como si no existieran a los ojos del derecho –positivo²⁴–.

²² La doctrina alemana ha dogmatizado la separación, se habla del “Trennungsprinzip”. ULMER (1987, p. 1854). Ver también, WICKE (2006, pp. 1141-1143).

²³ Vaya por delante que el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de los deberes fiduciarios de los socios en Alemania no tiene parangón con otros ordenamientos continentales: a este respecto, HENZE y NOTZ (2004, § 53a, Rdn. 11, pp. 99-100). Por ello no debe sorprender que una de las cuestiones más debatidas es si los pactos parasociales pueden concretar o complementar los deberes fiduciarios. Una parte de la doctrina desenvuelve un argumento intachable desde el punto de vista dogmático, pero artificioso: una cosa son los deberes de lealtad en el seno de la sociedad interna, y otra bien distinta, su contenido en el ámbito de la sociedad de capitales, que se debe regir por la ley y los estatutos. En este sentido, ULMER (1987, pp. 1849, 1852); WINTER (1988, pp. 51-52). La separación en los estándares de conducta es quizás la evidencia más manifiesta de la situación de esquizofrenia

Pues bien, estas disfunciones se mitigan en la práctica a través de la reglamentación privada que, según convenga, podrá ser de carácter social o parasocial. No debe extrañar que sea una práctica común en la fundación de sociedades cerradas el llamado “acuerdo de socios o de accionistas”, que es el acuerdo por el cual convienen gobernarse y en el que se sustancian las cuestiones capitales de la relación jurídica societaria, de las que sólo una parte –las menciones estatutarias obligatorias que exige la ley- se integrarán finalmente en los estatutos²⁵. Como ya se ha advertido, los acuerdos de accionistas articulan las garantías contractuales que facilitan la entrada de socios minoritarios, y lo deseable es que el Derecho facilite a las partes la celebración y el cumplimiento de los pactos en la forma que mejor se ajuste a sus intereses. Desde esta óptica, evidencia buena prueba de las deficiencias de los modelos legales de las sociedades de estructura corporativa la huída hacia la contratación parasocial en los casos de sociedades cerradas, aún a sabiendas de su dudoso *enforcement*. O dicho con otras palabras, la flexibilidad contractual – estatutaria y extraestatutaria- es un arma de primer orden para gobernar este tipo de conflictos, toda vez que la experiencia nos ratifica en el convencimiento de que la ley es un instrumento limitado para conseguir tales fines²⁶. Por ello, si se penaliza la eficacia societaria de los pactos parasociales lo que se consigue es agravar los costes de estas sociedades y se desincentiva la puesta en marcha de aventuras empresariales que pudieran ser productivas.

4. En este punto llegamos al núcleo de la discusión actual: la aplicación del pacto en la esfera societaria y la exclusividad del *enforcement* societario. ¿Puede un pacto parasocial tener efectos en relación con la organización social? ¿Puede ponerse en marcha el sistema de remedios y sanciones societarias por incumplimiento o vulneración de un pacto parasocial? A estas alturas es

en la que se coloca a los socios. Esta perspectiva parece olvidar que los conflictos de intereses y las conductas concretas que se pactan para reducirlos son una de las funciones básicas de los pactos parasociales de todos los socios, en este sentido, HOFFMANN-BECKING (1994, pp. 462 ss); SCHMIDT (2002, pp. 82-83).

²⁴ Con todo, el problema es aún mayor, no sólo es que se promueve el divorcio entre la razón jurídica y la razón práctica; es que además, se acaba creando el espejismo de que lo que no se refleja en la ley, no existe en la realidad. O lo que es peor, que ignorando la realidad, se acabará implantando por sí sólo el orden ideal que recoge la ley (por ejemplo, sería absurdo pensar que en nuestros entornos jurídicos no hay costes de agencia porque la ley no los registra, o que los administradores son leales e “independientes” porque el art. 127 LSA así se lo exige). Más bien al contrario, lo que acaba sucediendo es que nuestra percepción de la realidad se distorsiona a través de la apariencia que crea la ley. Podremos convenir en que este resultado no es deseable.

²⁵ RÖHRICHT (1996, § 23, marginal 253, p. 92).

²⁶ EASTERBROOK y FISCHER (1986, pp. 284-285), argumentan que la mejor solución para gobernar los conflictos de interés reside en la libertad contractual, en vez de la intervención del legislador, que podría ocasionar numerosos costes en este tipo de sociedades. La doctrina española está muy concienciada de la relevancia práctica de los pactos parasociales de todos los socios para completar el régimen establecido en la ley o en los estatutos, claramente insuficiente para regular los intereses de las partes, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1995, p. 4712); MADRIDEJOS (1996, p. 222); CÁBANAS y BOARDILL (2001, p. 101) [“los estatutos pueden estar integrados, de hecho, por un complejo normativo más amplio de lo sugerido por su inscripción”]; DUQUE (1991, p. 89); TAPIA HERMIDA (1997, p. 253); ALONSO LEDESMA (2006, p. 854).

evidente que los pactos parasociales y los pactos sociales no tienen la misma naturaleza, ni los mismos efectos. Basta recordar lo obvio: que se someten a reglas distintas de modificación, que los pactos parasociales serían objeto de una interpretación preferentemente subjetiva –art. 1281 CC- y que los pactos parasociales no vinculan a futuros socios. De hecho, la regla de la unanimidad es una de las piezas angulares que caracterizan la funcionalidad de estos pactos como mecanismos de gobierno de los conflictos mayoría-minoría en las sociedades cerradas. Esa no es la cuestión. *La cuestión es más bien si los pactos parasociales omnilaterales pueden fundamentar pretensiones de los firmantes en relación con el contenido de la condición de socio, en definitiva, en relación con la articulación de los derechos y deberes pactados entre todos y, a esos fines, activar los mecanismos jurídicos dispuestos por el derecho de sociedades para garantizar su cumplimiento.* El caso más común es la impugnación de un acuerdo social si las partes votan vulnerando el acuerdo parasocial por constituir una infracción fiduciaria²⁷. Pero podríamos pensar en otros mecanismos típicamente societarios, como la exclusión del socio infractor. Este es justamente el núcleo de la regla de la oponibilidad y aquí es donde se puede encontrar la línea de resistencia más vigorosa y mejor articulada contra la eficacia de los pactos parasociales en la esfera social.

Puestas así las cosas resulta oportuno hacer notar que incluso una regla tan bien asentada dogmáticamente como ésta puede perder sentido dentro del sistema que la justifica. Desde esta perspectiva, y de *lege lata*, la estrategia más eficaz para desarticular la regla de la oponibilidad y despejar la vía para hacer efectivos los pactos parasociales en el ámbito societario reside en la debilidad de la vertiente objetiva de la oponibilidad. En efecto, la mera coincidencia en el ámbito subjetivo no sería suficiente para enervar la regla de la inoponibilidad²⁸. Pero la regla carecería de legitimidad y virtualidad si por distintos derroteros se llegara a una coincidencia objetiva de los resultados del derecho de obligaciones y del derecho de sociedades. Es decir, si en el diseño del pacto se prevé la ejecución específica de la obligación, los socios podrían exigir de los tribunales la ejecución forzosa del pacto –previa remoción del acuerdo ex. art. 1098 II CC-, con lo que obtendrían el mismo resultado que el previsto por el mecanismo societario de impugnación de acuerdos sociales. Entonces, razones de buena fe y de economía procesal avalarían la apertura de la vía societaria²⁹. Esta es la vía más prometedora para ir desarticulando los obstáculos que se vayan presentando.

Lo que sucede es que al abrir esta brecha se está decretando la pérdida de legitimidad de la regla: es fácil pronosticar que el camino para desarmar y desterrar la regla de la inoponibilidad como

²⁷ La jurisprudencia alemana ha admitido su viabilidad, con el beneplácito de una parte minoritaria de la doctrina, NOACK (1994, pp. 156 ss); K. SCHMIDT, en *Scholz GmbHG*, § 45, marginal 116; HOFFMANN- BECKING (1994, pp. 456 ss.) Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha criticado la decisión, ver por todos, ULMER (1987, pp. 1849 ss.); WINTER (1990, pp. 259 ss.); ZÖLLNER (2006, § 47, marginal 79); HÜFFER (1989, § 47, marginal 84, p. 99). HOMMELHOFF (2004, § 47, marginal 47).

²⁸ ULMER (1989, § 3, marginal 124, p. 234), (1987, p. 1852); BAUMBACH/HUECK, *GmbHG*, § 3, marginal 57.

²⁹ La construcción en nuestro derecho se lo debemos a PAZ-ARES (2003, pp. 36 ss.). En el mismo sentido, pero de manera más tímida, v. ULMER (1987, pp. 1853-1854).

ahora la conocemos ya se ha puesto en marcha en los ordenamientos continentales. Incluso en los casos más controvertidos, como puede ser el mecanismo de la exclusión, no parece que se perpetúe como una barrera infranqueable³⁰. Bien mirado, la exclusión es una sanción o un remedio particular del derecho de sociedades para dar respuesta a los problemas específicos de incumplimiento que se originan en el seno de una organización, y que en esencia constituyen infracciones del deber de lealtad de los socios. En los casos de las relaciones obligatorias, se habilita la manera para que el cumplidor pueda salirse de la relación si el otro incumple; en el caso de las relaciones societarias, la relación también se rompe, pero sólo para el que incumple. En este sentido, se trata de un remedio de naturaleza contractual adaptado a la idiosincrasia de las relaciones societarias: es la manera de prevenir y desterrar comportamientos indeseables, que constituyen el contenido del incumplimiento del socio, dado que las sanciones de carácter crudamente sinalagmático son poco o nada aptas para gobernar los incumplimientos en las relaciones societarias.

Estas reflexiones nos llevan a la conclusión de que la contraposición entre pactos estatutarios y extraestatutarios no encuentra en el *enforcement* una base firme de distinción. Es simplista argüir que la selección de cada mecanismo contractual conlleva optar a favor de unos determinados remedios frente al incumplimiento y renunciar a cualesquiera otros, como si el ordenamiento – privado- careciera de sistema. No se trata de mecanismos sustitutivos, sino complementarios: la diferencia entre unos y otros instrumentos de *enforcement* es tecnológica, no funcional. Desde esta óptica, las fronteras entre el *enforcement* societario y el *enforcement* obligatorio se difuminan, pues están orientados al mismo objetivo, velar por la eficacia de los pactos y reprimir los abusos que puedan producirse. La cuestión no ofrece dudas en relación con la ejecución específica de las obligaciones de voto, incluso en los derechos del *common law*, en dónde el remedio capital frente al incumplimiento es la responsabilidad por daños³¹. Las exigencias de la razón práctica –o de la equidad para los tribunales anglosajones- no son ajenas al razonamiento jurídico o positivo. Idéntico razonamiento resultaría aplicable a otros mecanismos de *enforcement* societario. No parece deseable, en efecto, que todos los socios sancionen convencionalmente una conducta como intolerable en la relación societaria –y a la que anudan la sanción de la exclusión- para que posteriormente el infractor se ampare en la pretendida “especialidad” del *enforcement* societario para alegar la inaplicación de la sanción.

3. La piedra de toque: el problema del oportunismo

1. La discusión dogmática sobre la naturaleza y la efectividad de los pactos parasociales podría mantenerse en cauces más ortodoxos conforme a la dogmática tradicional si no fuera porque la realidad se impone con toda crudeza. El problema ya no está sólo en que se trata de una práctica

³⁰ En cambio, WINTER (1990, pp. 268-269), mantiene el argumento de que las sanciones societarias no pueden aplicarse si el pacto no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica. Como ejemplo paradigmático cita el mecanismo de exclusión. Entre nosotros, en contra, FERNÁNDEZ DEL POZO (2008, pp. 181).

³¹ Sobre este particular, PAZ-ARES (2003, pp. 23-26).

habitual, que registra un elevado índice de litigiosidad -como suele ser común en relación con las normas que sufren desajustes con la realidad que aspiran a regular-. Ni siquiera los altos costes que acarrearán los desvíos inútiles a los que se ve abocada su aplicación son argumentos definitivos. El riesgo serio al que nos enfrentamos es que el desajuste normativo acabe dando cobertura, incluso alas, al oportunismo.

En efecto, en el caso de pactos parasociales de todos los socios, cuando éstos se pelean ante los tribunales, buscan declarar la eficacia societaria del pacto (está fuera de toda duda que el pacto es de obligado cumplimiento entre las partes ex. art. 1091 CC), a pesar de lo establecido en el art. 7 LSA. Con base en la letra de la ley, la cuestión no parece dudosa. Sin embargo, el conflicto al que se enfrenta el juez es permitir que el ordenamiento acabe amparando a quien actúa de forma antijurídica. En estos casos, y al margen de consideraciones dogmáticas, el sentido común se impone. A la hora de la verdad, el derecho no puede permitir que el formalismo al que da lugar la regla de la inoponibilidad ampare a quien se comporta abiertamente de mala fe, de manea desleal o abusiva³². Puestas así las cosas, es fácil comprender que los jueces encargados de sentenciar hechos de estas características se las ingenien -a veces de maneras extravagantes y artificiosas- para limitar lo que se antoja como un uso antisocial de la personalidad jurídica, y más cuando se hace con finalidad fraudulenta³³. Esta manera de actuar de los órganos jurisdiccionales ha marcado el tratamiento de la cuestión en todos los ordenamientos. El objetivo de su argumentación es otorgar legitimidad societaria al pacto, para posteriormente lograr la eficacia de los pactos parasociales frente a la sociedad.

La fenomenología de los casos a los que se enfrentan los jueces es sustancialmente de dos tipos. Por un lado, los casos difíciles son los pactos parasociales de carácter organizativo, es decir, reglas pactadas entre todos los socios cuyos efectos programados se despliegan en el seno de la organización. Estos pactos constituyen el grueso de la litigiosidad, siendo el caso paradigmático la impugnación de acuerdos sociales por infracción del pacto parasocial. Por otro lado, están los pactos parasociales que recogen de manera informal actos o decisiones sociales. Estos pactos suelen ser más pacíficos, y al no tratar de la eficacia de una regla -societaria-, sino de la realidad de un acto, son menos discutibles. A renglón seguido se ejemplifica un caso de esta segunda categoría, con el fin de distinguirlos de los casos más frecuentes, y más controvertidos, los pertenecientes a la primera categoría, y de los que nos ocuparemos más adelante.

2. El caso siguiente -extraído de la sentencia del juzgado de primera instancia nº 2 de Las Palmas, de 19 de junio de 2006- nos proporciona un buen ejemplo de pactos parasociales que no residen en reglas societarias sino decisiones sociales, y es asimismo esclarecedor del rechazo que despierta en nuestro sentido de la justicia el amparo de la mala fe con base en argumentos

³² Por eso, incluso la doctrina tradicional más ortodoxa argumenta que de manera excepcional se debe quebrar la regla estricta de la inoponibilidad en situaciones de abuso, y en las que el resultado al que llevaría el respeto a la legalidad sería inaceptable, ULMER (1987, p. 1853); WINTER (1990, p. 277).

³³ Son paradigmáticas las SSTs, 1ª, de 26 de febrero de 1991 (RJ 1600\1991), de 10.2.1992 (RJ 1204\1992), o la de 24.12.1987. Un somero y ajustado estudio jurisprudencial lo realiza PAZ-ARES (2003, pp. 33-35).

formales –como lo es el que sustancia la ajeneidad de la sociedad frente a las decisiones “sociales” de todos los socios–. Relato con brevedad los hechos en la versión que se deduce como más plausible de la decisión:

La sociedad de personas que explota un supermercado está compuesta por tres socios, de los cuales uno de ellos es nombrado director comercial en el contrato social. Cuando el negocio despega –un año y diez meses después– se sustituye el contrato social por otro de responsabilidad limitada, y paralelamente, se pacta un acuerdo de socios en el que todos pactan varios asuntos, la mayoría relativos a la continuidad del negocio a través de la nueva forma social, y entre ellos, la confirmación del nombramiento del socio como director comercial, con la misma retribución pactada originariamente. Nótese que el nombramiento del director comercial no es una cuestión que precise de rango estatutario, de hecho las sociedades no incorporan este tipo de nombramientos a los estatutos. Con el paso del tiempo y la degradación de las relaciones entre los socios, el socio en cuestión reclama veinticinco años más tarde a los otros dos socios –y a título personal– que le abonen las cantidades comprometida en aquel pacto parasocial en concepto de retribución, alegando que el pacto parasocial tiene eficacia y sigue vigente entre las partes, pero no frente a la sociedad.

Pues bien, frente a esto, lo sensato es que al juez encargado de juzgar el caso se le enciendan todas las alarmas, y sospeche que la voluntad de los socios nunca fue que dos de ellos se obligaran a pagar de su peculio personal el trabajo que el otro iba a realizar para la sociedad. Todo parece indicar que tal acuerdo formaba parte del contrato de sociedad. De lo que no hay duda es que el demandante venía actuando como director comercial desde que se abrieron los supermercados, y que en una junta celebrada cuatro años más tarde se le designa director comercial. Es más, que lo más probable es que el demandante cobrara con regularidad de la sociedad –para la que trabajaba y que debía, en buena lógica, soportar el pago de las cantidades correspondientes– la remuneración pactada, porque de no haber sido así, no tendría sentido que hubiera permanecido vinculado en los años sucesivos con unos socios probadamente incumplidores. Y que las posteriores desavenencias entre los socios motivaran que el socio demandante se escude en un formalismo –la vieja concepción de que la persona jurídica es un tercero en relación con los socios– para exigir a sus entonces consocios algo a lo que no tiene derecho (sin olvidar que veinticinco años de aquietamiento acaso sean suficientes para considerar la reclamación como contraria a la buena fe: la *Verwirkung* de la pretensión no parece una opción descartable en este caso).

Esta hubiera sido la interpretación de los hechos de un juez adiestrado profesionalmente para dirimir estos conflictos (y la que subyace a la argumentación del tribunal de apelación). Sin embargo, el juez encargado de juzgar el caso en primera instancia se equivoca clamorosamente al analizar lo ocurrido, e interpreta y aplica erróneamente el derecho de sociedades y de los contratos. El primer error de calado que comete el juez *a quo* es entender que el nombramiento de uno de los socios como director comercial de los supermercados en un pacto parasocial constituye una relación laboral en virtud de la cual se obligan sinalagmáticamente los dos consocios firmantes como empleadores a pagarle al otro socio una remuneración como director

comercial de los supermercados. *Tertium non datur*: o la designación al socio reclamante como director comercial de la sociedad era un acto societario o era nulo. Justamente para salvar estos entuertos la jurisprudencia del TS sobre pactos parasociales de todos los socios ha ensayado varias líneas de argumentación con el propósito de justificar la naturaleza societaria del pacto. Una de las más autorizadas ha sido la que entiende que el pacto parasocial constituye un acuerdo informal de junta general [STS, 1ª, 26.2.1991 (RJ 1600; MP: Pedro González Poveda), STS, 2ª, 10.2.1992 (RJ 1024; MP: José Augusto de Vega Ruiz)], doctrina jurisprudencial que el juez desconsidera con argumentos de poco peso, y que la Audiencia Provincial de la Palmas de Gran Canaria (resolución 207/2008, de 30.6.2008) se encarga de recordarle (en particular, en lo relativo a los requisitos para considerar válidamente constituida la junta general universal).

El segundo error no es menos llamativo. En una junta celebrada cuatro años más tarde se nombra al socio director comercial, y se fija nuevamente su retribución. El juez entiende que el nombramiento es “ex novo”, y por lo tanto, su vigencia es simultánea al pacto parasocial. La pregunta no se hace esperar: ¿Cuántas veces espera el juez que el socio cobre por realizar el mismo trabajo? Al final, los intentos del juez por sentenciar la rígida separación entre el derecho de obligaciones y el derecho de sociedades conduce a un sinsentido de difícil justificación, y lo que es peor, a amparar una conducta abusiva. La sentencia es notable en sus sesgos: al margen de los errores jurídicos en la aplicación del derecho, resulta intolerable al más elemental sentido de la justicia que salgan ganando aquellos que debieron ser castigados. Y justamente por todo ello, la sentencia de apelación de la Audiencia es contundente en favor del demandante. Para la Audiencia el pacto parasocial es indubitadamente “complemento” del contrato social (se recuerda que en él se recoge el patrimonio de la sociedad y la relación de todos sus bienes). En particular, se dice que el nombramiento del director comercial es, en efecto, un acuerdo social, en concreto, un acuerdo de administración, dado que los tres socios son a su vez administradores.

4. Los efectos de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo

Los casos difíciles y que han requerido del análisis más detenido por parte de la jurisprudencia, han sido aquellos en que los pactos parasociales establecen reglas de carácter organizativo y que reclaman eficacia societaria a través de acciones de impugnación de los órganos sociales por vulneración de pactos parasociales. La experiencia más reciente pone a las claras que los jueces no cuentan con una estrategia bien definida y articulada para tratar los casos que se le presentan. En unos casos, los tribunales reaccionan con contundencia frente a supuestos escandalosos de incumplimiento y de conducta abusiva. El único reproche es que no se fundamentan ni se articulan con bases sólidas en nuestro derecho de sociedades: el tribunal se vale de argucias jurídicas más o menos artificiosas o desproporcionadas para legitimar la impugnación del acuerdo, como la doctrina del levantamiento del velo, o la ficción de entender que el pacto parasocial es un acuerdo de junta universal. En cambio, en otros casos –quizás menos desmedidos a los ojos del juzgador– se desestima el recurso y se opta por una aplicación formalista de la ley –en su versión legitimadora del blindaje de lo societario–. Esta discrecionalidad nos hace pensar que es necesario asentar la discusión sobre bases jurídicas más

sólidas. El compromiso más elemental del derecho de sociedades debe ser el de proporcionar certidumbre y capacidad de predicción en su aplicación (la incertidumbre sobre el contenido y los contornos de las normas legales impone importantes costes en el ámbito de la vida económica).

Las recientes sentencias del tribunal supremo nos ofrecen un excelente punto de partida para examinar el estado de la cuestión -[la sentencia STS, 1ª, 10.12.2008 (RJ 2009/17; MP: Jesús Corbal Fernández) y las dos fechadas el 6.3.2009 (JUR 2009\140200 y JUR 2009\140201)]-. La doctrina que promueven -contraria a la aplicación del pacto parasocial en la esfera societaria- preconiza un cambio de criterio sustantivo respecto de pronunciamientos anteriores, pero lo relevante a nuestros fines es que fundamentan su juicio sobre dos líneas argumentales que no resultan convincentes. La primera incongruencia consiste en proclamar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido siendo contraria a admitir la impugnación de acuerdos sociales por violación de pactos parasociales. El propósito de la afirmación es legitimar las últimas sentencias por medio de su continuidad y consistencia con la línea jurisprudencial marcada hasta el momento. Se pretende, en efecto, justificar la coherencia con la doctrina anterior alegando que el Alto Tribunal nunca ha argumentado abiertamente que la infracción de un pacto parasocial autorice la impugnación del acuerdo social. Esta afirmación es -cuanto menos- inexacta. Lo importante, salvo para los nominalistas a ultranza, no es lo que se ha dicho, sino lo que se ha hecho. Y no es dudoso que el Tribunal Supremo ha garantizado el *enforcement* del pacto parasocial en la esfera societaria, es decir, ha amparado a quienes, impugnando un acuerdo social, solicitaban que no se diera eficacia "societaria" a una infracción del acuerdo parasocial. Este resultado es justamente el que se reclama al tribunal en casación en las recientes sentencias. Cuestión distinta es que tal fin se haya conseguido a través de expedientes más intuitivamente satisfactorios que técnicamente solventes, pero la voluntad clara del Tribunal Supremo en todos esos casos no puede ponerse en duda, y nadie hasta ahora lo había hecho: otorgar eficacia al pacto parasocial en la esfera societaria³⁴. Esta es la realidad, y es en esta realidad de los resultados en la que se apoyaron quienes solicitaron de nuevo al Tribunal idéntico tratamiento.

La segunda línea argumental en la que se apoya el Tribunal Supremo en las recientes sentencias alega que para que la impugnación prospere es preciso que la infracción del convenio parasocial sustente una infracción legal, estatutaria o fiduciaria que motive la impugnación del acuerdo social *ex. art. 115 LSA*. Nada habría que objetar si lo que se pretende es deslegitimar de manera más firme y recta la deslealtad que entraña la infracción del pacto parasocial al amparo de la normativa societaria. Lo que sucede es que lo que parece perseguirse es justamente lo contrario, esto es, desautorizar de raíz las fórmulas que los jueces venían aplicando para otorgar eficacia a los pactos parasociales en la esfera societaria. El efecto último de esta argumentación es blindar la doctrina de la fractura entre el derecho de obligaciones y el derecho de sociedades. En puridad, la cuestión aquí no es si hay fraude de ley que fundamente la infracción de los pactos extraestatutarios como una causa de nulidad, o si se conculcan los estatutos al infringir las reglas

³⁴ La revisión de la jurisprudencia y su análisis doctrinal dejan poco espacio para la especulación. V. por todos, PÉREZ MORIONES (1996, pp. 483-485); PAZ-ARES (2003, pp. 33-35); FERNÁNDEZ DEL POZO (2008, pp. 174-175); ALONSO LEDESMA (2006, p. 857); PÉREZ MILLÁN.

parasociales que los motivan o los concretan, que son los términos en los que con frecuencia se plantean las demandas. *La cuestión de fondo es más bien si el incumplimiento o la contravención del pacto parasocial ocasiona una infracción fiduciaria*³⁵. Con todo, lo que debemos preguntarnos es por qué no se ensaya en las demandas esta vía argumental más firme, en vez de la desproporcionada invocación de la infracción legal. La respuesta no se deja esperar: es fácil apreciar que el mayor escollo para que esta argumentación prospere en vía judicial reside en un escaso desarrollo jurisprudencial del contenido de los deberes fiduciarios de los socios, que es lo que está detrás de la protección del interés social del art. 115 LSA, y que obliga a buscar otros motivos de impugnación con mayores probabilidades de éxito. Dicho con otros términos: el nervio del problema es que los juzgadores no parecen apreciar que la contravención de un convenio parasocial de todos los socios a través de un acuerdo societario típicamente lesiona, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, el interés de la sociedad.

La -habitual- defectuosa protección del interés social por parte de nuestros juzgadores es una disfunción seria de la aplicación del derecho de sociedades, más allá del ámbito particular de los acuerdos parasociales. En efecto, la protección del interés social es la vía que brinda el Derecho para defender el interés de los socios minoritarios frente a la deslealtad de la mayoría: nos viene a decir que no se pueden utilizar las reglas de la mayoría para lesionar los intereses de los socios sin poder de decisión³⁶. La desatención doctrinal y jurisprudencial a esta materia ha ocasionado que sea uno de los flancos débiles más clamorosos de nuestro derecho de sociedades y una de las razones que explican la desprotección que sufren los socios minoritarios. El problema parece residir en que no parecemos darnos cuenta de algo que tienen claro otros derechos, como es el caso del alemán o de los distintos estados en USA, y es que lo contrario al interés social es sencillamente lo contrario al deber de lealtad. En cambio, el Tribunal Supremo es reacio a admitir la impugnación de acuerdos que sean neutrales respecto de la sociedad, pero perjudiquen a unos socios en beneficio de otros, como si la voluntad hipotética de los socios -que es justamente lo que conforma el interés común o social- permitiera que, llegado el momento, los socios se dañen entre sí como instrumento para lograr sus intereses particulares. Curiosamente, en los casos más desmedidos de deslealtad del socio mayoritario en el ejercicio del derecho de voto, también se ha reaccionado en defensa de los socios minoritarios echando mano de argumentos que recuerdan a estrategias igualmente ensayadas en relación con los pactos parasociales [recuérdese la sentencia de 28.9.1965 (Ar. 4056), o la RDGRN de 26.10.1989 (RJ 1989\7050)]: se ataca el acuerdo no por ser desleal, sino por ser abusivo *ex. art. 7 CC* [SSTS, 1ª, 10.2.1992 (RJ 1992\1204; MP: Francisco Morales Morales; 14.11.1992 (RJ 1992\9406; MP: Pedro González Poveda); 19.10.1987 (RJ 1987\7298; MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes); 16.3.1987 (RJ 1987\1483; MP: Jaime Santos Briz); entre otras].

³⁵ Visto desde esta perspectiva, se aprecia con claridad que ésta es la vía argumentativa mejor fundamentada en nuestro derecho de sociedades para solucionar este tipo de conflictos. Esta es la orientación de la jurisprudencia alemana, y de un sector de la doctrina: v. por todos, SCHMIDT (1998, § 243, marginales 18-19, pp. 58-59). Entre nosotros, PAZ-ARES (2003, p. 41).

³⁶ ALFARO (1995, pp. 21 ss).

A la vista de lo anterior, no es de extrañar que las sentencias recientes del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008, y las dos de 6 de marzo de de 2009 pretendan cortocircuitar la litigiosidad con base en los acuerdos parasociales diciendo que la mera infracción del convenio parasocial de que se trate no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado.

Con todo, la cuestión acaso dista más de estar resuelta de lo que desea el Tribunal Supremo. La vía del interés social se revela más prometedora de lo que a primera vista pudiera parecer. Determinar el contenido de los deberes de lealtad no es siempre tarea fácil, porque son estándares de conducta que exceden el ámbito preciso y predeterminado de la norma, y cuya concreción se hace necesariamente *ex post* a la luz de las circunstancias del caso particular. Sin embargo, en materia de pactos parasociales, paradójicamente, la cuestión es más sencilla porque la conducta debida se ha concretado convencionalmente³⁷. El interés social es el interés común de todos los socios, con independencia de que el pacto sea estatutario o extraestatutario –pero de todos los socios [El interés *común* de los accionistas ha sido argumentado por las SSTS, 1ª, de 4.3.2000 (RJ 2000\1502; MP: Jesús Corbal Fernández); 19.2.1986; 5.6.1986]-. Su infracción es una forma de deslealtad hacia el interés común de todos los socios y, por ello, es contrario al interés social. En consecuencia, la mayoría que aprueba un acuerdo contrario a los compromisos parasociales –acordados por unanimidad de todos- está infringiendo flagrantemente su deber de lealtad hacia la minoría, pues el beneficio de unos con la vulneración del pacto unánime necesariamente comporta el perjuicio de los otros.

5. Bases para una redefinición de los pactos parasociales omnilaterales

Las reflexiones anteriores nos llevan a la conclusión de que la dogmática de los pactos parasociales está en profunda crisis teórica y práctica. El presupuesto de partida –la separación absoluta entre el derecho de obligaciones y el derecho de sociedades- debe ser reconsiderado desde presupuestos críticos. Buena parte de la reglamentación societaria en las sociedades cerradas se confía a pactos de carácter obligatorio y, como se tendrá oportunidad de comprobar, el derecho de sociedades es, en su mayor parte, un derecho de base contractual. Una vez superado este prejuicio, la extensión y el contenido de la regla de la inoponibilidad que se sustenta en el art. 7 LSA pierde legitimidad y debe ser reformulada. Vayamos por partes.

1. El punto de partida para analizar el derecho de las organizaciones sociales es admitir que su naturaleza es contractual. Son contratos y, por consiguiente, deben ser confeccionados con arreglo al derecho general de los contratos, que el derecho de sociedades simplemente especializa, desarrollando una tecnología específica para el caso particular de las organizaciones. Justamente eso significa afirmar, como se afirma, que la sociedad no es otra cosa que un contrato. Entonces, ¿tiene algo de particular el derecho de las organizaciones frente al derecho de los

³⁷ En el caso de sociedades en las que los socios tienen capacidad de contratación, el Tribunal Americano de Delaware ha entendido preferible interpretar y aplicar los pactos relativos al contenido y extensión de los deberes de lealtad al margen de la doctrina del *common law* sobre *fiduciary duties*. Sobre este particular, RIBSTEIN (2004, pp. 927 ss.).

contratos? La respuesta es afirmativa. Hay una parte –esencial- de la organización que no surge inmediatamente del contrato singular, sino que está ya preestablecido en la ley. El núcleo del derecho de las organizaciones se sustenta en una innovación legal ideada con el propósito de coordinar la actividad económica de varias personas creando un ente distinto –la organización social- común a todas. Para ello es necesario articular la organización para que sirva de forma efectiva como “locus contractorum”, es decir, que sea capaz de suscitar la confianza frente a terceros de que puede cumplir con sus obligaciones contractuales. Esto sólo se consigue si cuenta con unos activos separados que garanticen en primer término los créditos de los acreedores sociales frente a los créditos de los acreedores particulares de los socios³⁸. O dicho de otro modo, la ley únicamente es realmente esencial para regular *el derecho de la persona jurídica* –las reglas que gobiernan los derechos y expectativas de los terceros sobre el patrimonio social, las reglas patrimoniales para regular los derechos de los acreedores y las reglas de administración o de representación que permiten al administrador obligar a la sociedad. El resto –lo que en el fondo son relaciones internas, puramente privadas entre socios- puede sin problema ser libremente regido por la voluntad contractual.

Desde esta perspectiva, el derecho de la persona jurídica es un mecanismo de *bonding* o de garantía frente a unos sujetos, los acreedores “sociales”, cuya articulación con las únicas herramientas del Derecho general de contrato, anclado firmemente en la relatividad contractual, no sería verdaderamente eficaz o sería muy costosa³⁹. Y las reglas relativas a la cotitularidad o a la copropiedad tampoco lograrían el mismo objetivo a poco coste. En consecuencia, la regulación de la persona jurídica en cuanto tal es de naturaleza legal y de carácter imperativo, su contenido necesariamente escapa del arbitrio de los socios, pues de lo contrario el efecto del mecanismo de *bonding* en la relación externa se vería seriamente debilitado, cuando no abiertamente desmontado, por el oportunismo de los socios y los costes de observación y verificación por los terceros.

El núcleo imperativo del derecho de las organizaciones es sustancialmente derecho de la propiedad, en sentido económico, no derecho de los contratos: define las titularidades jurídicas sobre las cuales los participantes en la sociedad pueden contratar con terceros en el tráfico. El resto de lo que conocemos como derecho de sociedades es fundamentalmente producto de la innovación contractual, incluso elementos tan sustanciales como la responsabilidad limitada⁴⁰. En fin, no es dudoso que lo que se entiende como la estructura corporativa de la sociedad –cuyos elementos vertebradores son la centralización de la administración y la regla de la mayoría- no es un invento legal que se obtiene a través de la inscripción, sino enteramente contractual. La conclusión es clara: una vez que los socios activan en el contrato las reglas “legales” de la persona jurídica, se pone en pie la organización, cuya articulación se produce a través de pactos

³⁸ Sobre este particular, HANSMANN y KRAAKMAN (2000, pp. 387 ss.).

³⁹ SÁEZ LACAWE (2005, pp. 179 ss.).

⁴⁰ Esta cuestión no es dudosa, y está bien documentada, HANSMANN y KRAAKMAN (2000, pp. 423 ss., en especial, 428 ss.). Entre nosotros, PAZ-ARES (1994, pp. 253 ss.).

contractuales que en su mayor parte, han sido reunidos, seleccionados y sistematizados por el Derecho de Sociedades. Nuestro ordenamiento regula el contenido legal necesario de la persona jurídica, pero en ningún modo se establecen grados de personificación, ni personas jurídicas de primera o de segunda categoría⁴¹. Simplemente, porque los elementos más característicos de las corporaciones -la estructura corporativa y la responsabilidad limitada- no son producto de la innovación legal, no pertenecen al ámbito estricto de la personalidad jurídica, sino que son derecho contractual, previsión de soluciones para las contingencias que pueden darse en el devenir de la relación entre las partes.

2. Llegados a este punto, se pone de manifiesto el artificio y el formalismo de la argumentación tradicional al proclamar la absoluta independencia de los pactos parasociales respecto del contrato social. Resulta, en efecto, formalista afirmar que los pactos estatutarios son aquellos pactos que se han integrado en el ordenamiento de la persona jurídica, para contraponerlos a los pactos parasociales, que serían aquellos que no se integran en la regulación de la persona jurídica. Y a partir de ahí extraer la conclusión de que los compromisos asumidos bajo un determinado régimen jurídico únicamente pueden ser hechos efectivos bajo ese régimen. Como hemos visto, unos y otros regulan la organización y son de naturaleza contractual. Cuestión distinta es que por razones de publicidad y de información, la ley estime que haya una serie de menciones mínimas que deban ser pactadas con rango estatutario.

La razón práctica y la razón jurídica aconsejan abandonar viejos dogmas y considerar a los pactos parasociales contenido social complementario al estipulado en la escritura social⁴². Lo primero que hay que afirmar con rotundidad es que la persona jurídica de estructura corporativa -y, por ende, su reglamentación- no se activa con la inscripción registral. En efecto, tras la introducción del derecho de la sociedad en formación en nuestro ordenamiento (arts. 15 y 16 LSA) se admite en nuestro derecho de sociedades abiertamente que la personalidad de la sociedad de estructura corporativa -sea anónima o limitada- nace en el contrato social. Los elementos caracterizadores de la estructura corporativa, incluida la responsabilidad limitada, se articulan y son eficaces desde la celebración del contrato social. La lectura del artículo 7 LSA en conexión con los artículos 15 y 16 LSA fundamenta la interpretación de que la inscripción -obligatoria, que no constitutiva- se justifica por razones de publicidad y de protección de terceros.

Desde esta perspectiva, la lectura de la regla de la inoponibilidad se ve bajo nueva luz. La regla no puede sustentar el formalismo de que los pactos parasociales de todos los socios no pueden oponerse a la sociedad por ser, por obra y gracia de la inscripción, un sujeto con personalidad jurídica "ajeno" a las personas de los socios y sustraído de su capacidad de intervención a través de los cauces obligacionales⁴³. Como es bien sabido, esta interpretación metafórica de la

⁴¹ Ulteriores reflexiones en SÁEZ LACAVE (2001, pp. 148-149).

⁴² SCHMIDT (1998, § 243, marginal 20, p. 59); NOACK (1994, p. 111); ZÖLLNER (2006, § 53, marginal 18).

⁴³ Esta reflexión es muy compartida por la nuestra doctrina, se dice, por ejemplo, "que la sociedad no puede ser tercero respecto de unos pactos que constan en su propio acto fundacional", CÁBANAS y BOARDÉLL (2001, p. 101); o

“subjetivación” es muy insatisfactoria porque abre la puerta al oportunismo, como ponen en evidencia los numerosos casos sobre abuso de la personalidad jurídica que conoce nuestra jurisprudencia. De ahí que no sea sorprendente que el expediente que utilizan los jueces para frenar el uso antisocial de la persona jurídica –la doctrina del levantamiento del velo– sea asimismo artificioso e impreciso, un cajón de sastre que tampoco ofrece una respuesta adecuada y bien articulada de la realidad que trata de enjuiciar⁴⁴.

En consecuencia, la regla general de la inoponibilidad sentada en los artículos 7 III LSA y 11.2 LSRL merece ser radicalmente reinterpretada. La opción más conservadora sería la que se aplica convencionalmente en el derecho inglés: con el fin de formalizar que la regla es oponible a la sociedad se suele incluir a la propia sociedad como parte del pacto de accionistas⁴⁵. De esta manera la sociedad queda obligada a velar por el cumplimiento de lo pactado. Nótese que, en puridad, el reproche de la inoponibilidad permanecería indemne: el pacto se somete al derecho elegido, que sigue siendo el obligatorio y no el societario. Por eso, tal formalismo debe asentarse en la superación efectiva del perjuicio de la incomunicación entre el derecho obligatorio y el derecho societario, como lo han admitido los tribunales ingleses.

Otra posibilidad podría ser la de reconducir la ineficacia societaria que sanciona la norma al terreno de la publicidad. Desde esta óptica, lo que la regla vendría a decir es que los pactos parasociales de todos los socios no pueden ser oponibles a la organización social si se mantienen reservados, es decir, si no se hacen públicos, al menos, frente a la sociedad. Se trataría de una regla de transparencia: se reconoce que el pacto parasocial es válido y eficaz –también en la esfera social–, pero la ley condicionaría su eficacia societaria a la exigencia de comunicación o de publicidad. El objetivo último de la norma sería que los pactos obligatorios entre todos los socios que busquen tener eficacia organizativa adquieran, por razones de seguridad jurídica, una mayor certeza. De esta manera se corregiría el –pretendido– mayor riesgo real o práctico que entrañan los pactos parasociales, cual es su difícil prueba y la poca firmeza del vínculo con la sociedad – más allá del art. 1091 CC-⁴⁶. Se trata de que la sociedad y sus órganos conozcan el acuerdo de todos los socios como parte integrante del contrato de sociedad y no puedan objetar su cumplimiento⁴⁷. El derecho norteamericano ya ha dado un paso inequívoco en esta dirección, con

que la separación entre normas estatutarias y normas parasociales no es tan absoluta cuando éstos han sido celebrados por todos los socios, DUQUE (1991, p. 89).

⁴⁴ PAZ-ARES (1999, pp. 527 ss.). Esta doctrina jurisprudencial está también desarticulada e infradesarrollada en otras jurisdicciones, como bien lo pone en evidencia BAINBRIDGE (2002, pp. 151 ss.).

⁴⁵ A este respecto, CADMAN (2004, pp. 3 y 28).

⁴⁶ SCHMIDT (2002, p. 95). Esta es también la justificación que se da en el caso de la regulación americana, *Official Comment Section 7.32 (b) Model Business Corporation Act* (2005): establecer de manera inequívoca el acuerdo.

⁴⁷ La publicidad registral no es ni necesaria (no agrega eficacia “societaria” a lo pactado), ni deseable [de hecho, si las partes no la quieren, será porque les resulta más conveniente que no juegue para la eficacia de lo que han convenido, en contra, FERNÁNDEZ DEL POZO (2008, pp.174; 176, 181-183)]. Es una cuestión que atañe a la sociedad y a sus socios, y en su caso, a futuros adquirentes, pero aún en tal caso, la protección de los nuevos adquirentes

la sola condición de que los pactos se formalicen por escrito –firmado por todos los socios- y se pongan en conocimiento de la sociedad⁴⁸.

Naturalmente, los pactos entre algunos socios quedan fuera de esta disposición, pues conforman sociedades internas –con fines específicos y no compartidos por el resto de los socios- en el seno de la sociedad. Tampoco tendrían eficacia societaria los pactos que afecten a terceras personas ajenas al pacto, sean acreedores u otros socios. En ambos casos, el principio de relatividad de los contratos sería de plena aplicación.

frente al desconocimiento de lo pactado se puede articular de manera razonable y preferible al margen de los dictados de la publicidad positiva y negativa.

⁴⁸ Section 7.32 de la *Model Business Corporation Act*. Debe recordarse que la experiencia jurídica norteamericana no difiere mucho de la europea: tradicionalmente los jueces han declarado la invalidez de estos pactos. Al respecto, O'NEIL y THOMSON (2005, 5: 11-5:17). Ver también §§ 350, 351, 354, *Delaware General Corporation Law*.

6. *Tabla de sentencias citadas**Sentencias del Tribunal Supremo*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 6.3.2009	JUR 140201	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 6.3.2009	JUR 140200	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 10.12.2008	RJ 2009\17	Jesús Corbal Fernández
1ª, 4.3.2000	RJ 1502	Jesús Corbal Fernández
1ª, 14.11.1992	RJ 9406	Pedro González Poveda
1ª, 10.2.1992	RJ 1204	Francisco Morales Morales
2ª, 10.2.1992	RJ 1024	José Augusto de Vega Ruiz
1ª, 26.2.1991	RJ 1600	Pedro González Poveda
1ª, 19.10.1987	RJ 7298	Eduardo Fernández-Cid de Temes
1ª, 16.3.1987	RJ 1483	Jaime Santos Briz

7. Bibliografía

- J. ALFARO (1995), *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Civitas, Madrid.
- (2005), "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", *InDret*, 4/3005 (www.indret.com).
- C. ALONSO LEDESMA (2006), "Pactos parasociales", en C. ALONSO LEDESMA (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel.
- I. AYRES (1998), "Default rules for incomplete contracts", en *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Macmillan.
- S. BAINBRIDGE (2002), *Corporation law and economics*, Foundation Press, New York.
- B. BLACK (1990), "Is corporate law trivial? A political and economic analysis", 84 *Northwestern University Law Review*.
- R. CÁBANAS y R. BOARDSELL (2001), en I. ARROYO y J. M. EMBID (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, vol I, Tecnos, Madrid.
- J. CADMAN (2004), *Shareholders' agreements*, Sweet&Maxwell, London.
- J. F. DUQUE (1991), "Escritura, estatutos, y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas", en Alonso UREBA *et al.*, (coords.), *Derecho de sociedades anónimas. La fundación*, Civitas, Madrid.
- F. H. EASTERBROOK y D. FISCHER (1986), "Close corporations and agency costs", 38 *Stan. L. Rev.*
- L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1995), voz "pactos parasociales", III Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, Madrid.
- L. FERNÁNDEZ DEL POZO (2008), "El enforcement societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado", *RdS*.
- H. HANSMANN y R. KRAAKMAN (2000), "The essential role of organizational law", 110 *Yale L. Journal*.
- H. HANSMANN, R. KRAAKMAN y R. SQUIRE (2006), "Law and the rise of the firm", 119 *Harv. L. Rev.*
- (2007), "The new business entities in evolutionary perspective", 8 *European Business Organization Law Review*.

H. HENZE y R. L. NOTZ (2004), en K. HOPT y H. WIEDEMANN (Hrsg.), *Grosskommentar zum Aktiengesetz*, 4 Aufl., De Gruyter Recht, Berlin-New York.

M. HOFFMANN-BECKING (1994), "Der Einfluss schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft", *ZGR*.

P. HOMMELHOFF (2004), en LUTTER/HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 16 Aufl., Otto Schmidt, Köln.

K. J. HOPT (1997), "Familien und Aktienpools unter dem Wertpapierhandelsgesetz", *ZGR*.

U. HÜFFER (2008), *Aktiengesetz*, 8 Aufl., C. H. Beck, München.

M. LUTTER (ed) (2006), *Das Kapital der Aktienrechtgesellschaft in Europa*, *ZGR Sonderheft 17*, Berlin.

J. M. MADRIDEJOS (1996), "Los pactos parasociales", *37 AM*.

E. MASKIN y J. TIROLE (1999), "Unforeseen contingencies and incomplete contracts", *66 Rev. Econ. Studies*

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH (2006), 4 Aufl., C. H. Beck, München.

U. NOACK (1994), *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, J.C.B. Mohr, Tübingen.

Ch. R. O'KELLEY (1992), "Filling gaps in the close corporation contracts: A transaction cost analysis", *87 Nw. U. L. Rev.*

F. H. O'NEAL y R. THOMPSON (1985), *O'Neal's oppression of minority shareholders*, Callaghan, Wilmeette (Ill.)

--- (2005), *Close Corporations*, Thomson West.

G. OPPO (1942), *Contratti parasociali*, F. Vallardi, Milano.

C. PAZ-ARES (2003), "El enforcement de los pactos parasociales", *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, nº 5.

--- (1999), en R. URÍA y A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid.

--- (1994), "La infracapitalización de sociedades. Una aproximación contractual", *RdS*.

A. PENTZ (2000), en *Münchener Kommentar AktG*, München.

D. PÉREZ MILLÁN, "De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales", disponible en: <http://www.proyectojuntageneral.org/documentacion.html>.

A. PÉREZ MORIONES (1996), *Sindicatos de voto para la junta general de las sociedades anónimas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

H-J. PRIESTER (1997), "Rechtskontrolle und Registerpublizität als Schranken Satzungsgleicher Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH?", *F. S. Claussen*.

L. E. RIBSTEIN (2004), "Fiduciary duties and limited partnership agreements", *37 Suffolk U. L. Rev.*

E. B. ROCK y M. L. WACHTER (1993), "Waiting for the omelette to set: Match-specific assets, and minority oppression in close corporations", *24 J. Corp.L.*

V. RÖHRICHT (1996), en K. HOPT y H. WIEDEMANN (Hrsg.), *Grosskommentar zum Aktiengesetz*, 4 Aufl., De Gruyter Recht, Berlin - New York.

M. I. SÁEZ LACAVE (2001), *La sociedad mercantil en formación*, Civitas, Madrid.

M. I. SÁEZ LACAVE (2005), "Corporaciones y concurso", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*.

M. I. SÁEZ y N. BERMEJO (2008), "Inversiones específicas, oportunismo y contratos de sociedad (a vueltas con los pactos de tag y drag-along)", *RdS*.

K. SCHMIDT (1998), en K. HOPT y H. WIEDEMANN (Hrsg.), *Grosskommentar zum Aktiengesetz*, De Gruyter Recht, Berlin - New York

A. SCHWARTZ (1998), "Incomplete contracts", en *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Macmillan.

A. TAPIA HERMIDA (1997), "Comentario al art. 7º", en F. SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, Edersa, Madrid.

R. B. THOMSON (1988), "Corporate dissolution and shareholders reasonable expectations", *66 Wash. U. L. Q.*

--- (1990), "The law's limits on contracts in a corporation", *15 J. Corp. Law*.

P. ULMER (1987), "Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH.Recht?", *NJW*.

--- (2005), "Satzungsgleiche Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH?", *F. S. Röhricht*.

--- (1989), *Hachenburg Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Grosskommentar*, Berlin - Nueva York, § 3, marginal 116.

H. WICKE (2006), "Schuldrechtliche Nebenvereinbarungen bei der GmbH –Motive, rechtliche Behandlung, Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag", *DStR*.

M. WINTER (1988), *Mitgliedschaftliche Treubindungen in der GmbH-Rechts*, C.H. Beck, München.

--- (1990), "Organisationsrechtliche Sanktionen bei Verletzung schuldrechtlicher Gesellschaftsvereinbarungen?", 154 *ZHR*.

W. ZÖLLNER (2006), en BAUMBACH/HUECK, *GmbHG*, 18 Aufl., C. H. Beck, München.