

*LUIS M. SANJUAN EDO*

---

LIBERTAD CONTRACTUAL Y PACTOS  
PARASOCIALES

*Treball Fi de Carrera*

*dirigit per*

*Adolfo Lucas Esteve*

*Universitat Abat Oliba CEU*

**FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS**

*Llicenciatura en Dret*

---







## Resumen

El objeto del presente trabajo es doble. Por una parte tratamos de examinar la naturaleza de los pactos parasociales como una manifestación del principio de libertad contractual y, por tanto, de la autonomía de la voluntad y, por otra, analizar la conflictividad que tales pactos están provocando en relación con el derecho de sociedades.

En tanto que dichos pactos, cuando se perfeccionan entre todos los socios, constituyen, junto con los estatutos, el verdadero contenido contractual de la sociedad, en especial cuando se trata de sociedades cerradas, resulta un elemento de incertidumbre que su operatividad quede en entredicho como en la práctica viene ocurriendo.

Pensemos en la importancia que un pacto parasocial representa para la protección de los intereses de las minorías y el sentimiento de fracaso que se genera cuando, pretendiendo aplicar lo pactado para preservar tales derechos, no resultan operativos en todo aquello que no haya resultado incorporado a los estatutos sociales, como consecuencia de la existencia de dos categorías de obligaciones contractuales: unas que, sujetas al derecho de sociedades, representan unos derechos y obligaciones de categoría superior, que aquellas incluidas en los pactos parasociales, que se sujetan al derecho contractual.

Por ello, al final del trabajo, se apunta la conveniencia de, en la línea iniciada por el legislador en cuanto a la regulación de los protocolos familiares, normativizar el tratamiento de tales pactos parasociales cuando se trate de defender los derechos de las minorías sociales. Por último, la tendencia legislativa para resolver la problemática de la dicotomía, derecho contractual versus derecho societario, suscita una cierta esperanza con el proyecto de ley de modificación de la Ley 60/2003 de arbitraje, en tramitación parlamentaria en estos momentos, donde se contempla la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales.

## **Resumen**

L'objecte del present treball és doble. D'una banda tractem d'examinar la naturalesa dels pactes parasocials com una manifestació del principi de llibertat contractual i, per tant, de l'autonomia de la voluntat i, d'una altra, analitzar la conflictivitat que tals pactes estan provocant en relació amb el dret de societats.

En tant que tals pactes, quan es perfeccionen entre tots els socis, constitueixen, junt amb els estatuts, el verdader contingut contractual de la societat, en especial quan es tracta de societats tancades, resulta un element d'incertesa que la seua operativitat quede en dubte com ocorre en la pràctica.

Pensem en la importància que un pacte parasocial representa per a la protecció dels interessos de les minories i el sentiment de fracàs que es genera quan, prenent aplicar allò que s'ha pactat per a preservar tals drets, no resulten operatius en tot allò que no haja resultat incorporat als estatuts socials, com a conseqüència de l'existència de dos categories d'obligacions contractuals: unes que, subjectes al dret de societats, representen uns drets i obligacions de categoria superior, que aquelles incloses en els pactes parasocials, que se subjecten al dret contractual.

Per això, al final del treball, s'apunta la conveniència de, en la línia iniciada pel legislador quant a la regulació dels protocols familiars, normativitzar el tractament de tals pactes parasocials quan es tracte de defendre els drets de les minories socials. Finalment, la tendència legislativa de resoldre la problemàtica de la dicotomia, dret contractual versus dret societari, suscita una esperança amb el projecte de llei de modificació de la llei 60/2003 de arbitratge, en tramitació parlamentària en estos moments, on es contempla la possibilitat de sotmetre a arbitratge la impugnació d'acords socials.

## ***Abstract***

The purpose of this work is twofold. On the one hand we try to examine the nature of shareholder agreements as a manifestation of the principle of contractual freedom and, therefore, the autonomy will and, secondly, to analyze the conflicts that are causing such covenants in relation to corporate law.

Once these agreements, are perfected between the partners, along with the social bylaws, the true contractual content of the company, especially when they are "sociedades cerradas", in reality, can result in an element of uncertainty that leaves the efficiency in doubt.

It is thought that the importance of a shareholder agreement represents the protection of interests of the minority and the sense of failure that is generated, when attempting to implement such an agreement in order to preserve such rights, they do not result efficient in any means by anything that has not been incorporated within the social bylaws, as a consequence of the existence of the two categories of contractual obligations: which are subject to the organizations right, represent rights and obligations of a superior category, some of which are included in the shareholder agreement are subject to the contractual rights.

Therefore, at the end of the work, it points to the convenience of following the tendency initiated by the legislator regarding the regulation of the family protocol, regulating the treatment of such shareholder agreement in the case of defending the rights of the social minority Finally, the legislative tendency to solve the problem of the dichotomy, corporate law versus contract law, raises some hope to the draft law amending Law 60/2003 of arbitration, currently before Parliament, which provides for the possibility of submitting to arbitration to challenge corporate resolutions.

## **Palabras claves / Keywords**

Autonomía de la voluntad – Libertad contractual – Pactos parasociales – Minorías societarias- Derecho de sociedades – Derecho de obligaciones / Autonomy of the will - Contractual freedom - shareholder agreement – Social minority – Company law - contractual right

## Sumario

Introducción.....	11
1 - La autonomía de la voluntad como principio general del derecho.....	13
2 - La libertad contractual como paradigma del principio de la autonomía.....	19
de la voluntad.	
2.1 La evolución histórica del principio de la libertad contractual.....	20
2.2 La positivación del principio.....	22
2.3 Los presupuestos de la libertad contractual.....	23
2.4 Los límites del principio de libertad contractual.....	25
2.5 El principio de la autonomía de la voluntad privada en el derecho mercantil.....	30
3 - El contrato societario.....	33
3.1 Concepto y definiciones.....	33
3.2 Los estatutos y los pactos parasociales como un todo.....	35
3.3 El derecho de sociedades y el derecho de obligaciones.....	37
3.4 La importancia del pacto parasocial en defensa de los intereses de las minorías.....	39
4 - La teoría de los pactos parasociales .....	43
4.1 Concepto.....	43
4.2 Regulación legal.....	44
4.3 Finalidad. Y clasificación.....	48
4.4 Problemática que plantea la operatividad de los pactos parasociales.....	49
4.4.1 La acción de indemnización por daños y perjuicios.....	50
4.4.2 La acción de cumplimiento.....	50
4.4.3 La acción de remoción.....	52
4.4.4 La acción de resolución.....	54
4.4.5 Medidas de autotutela.....	54
5 - La situación actual en la jurisprudencia española.....	57
6 - La conveniencia de normativizar determinados pactos parasociales.....	65
Conclusiones.....	69
Bibliografía.....	71



## Introducción

El pacto parasocial es un contrato entre partes, sin que exista en nuestro derecho ninguna norma o disposición que lo prohíba. La eficacia y validez de tal tipo de contrato, como no podía ser de otra manera, se fundamenta en el principio general de la libertad contractual, de la autonomía de la voluntad que, en nuestro ordenamiento jurídico, se recoge en el artículo 1.255 del Código Civil.

Como veremos en detalle en el desarrollo de este trabajo, nuestra legislación ya hace referencia expresa, en determinados textos legales, al concepto del que nos ocupamos. Si bien esta figura jurídica no ha resultado hasta el momento excesivamente analizada por nuestros tratadistas, en comparación con otras materias, si es cierto que han aparecido diversos artículos en revistas y publicaciones especializadas, con mayor profusión con ocasión de dos sentencias del Tribunal Supremo del 6 de marzo de 2009.

El incumplimiento de determinados acuerdos, que se vienen incluyendo en tales pactos, está dando origen a controversias que, cuando alcanzan la esfera judicial, no están encontrando respuestas inequívocas que conduzcan a una clara delimitación de los aspectos acerca de los que estos versan. Nos encontramos con un dilema que los profesionales del derecho deben resolver, bien como ya se viene haciendo aunque con resultados desiguales, o bien con nuevas soluciones que compaginen los intereses que se pretenden proteger mediante tales pactos, con los intereses de la sociedad en relación a la cual se formalizan.

Perseguimos pues, con este trabajo, analizar la naturaleza de estos contratos en el marco de la libertad contractual, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico como uno de los principios derivados del principio supremo de la autonomía de la voluntad. Para ello, realizaremos un estudio del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, como hilo conductor, que nos lleve desde aquel principio general, al fundamento legal de los pactos parasociales.

Así, en primer lugar, analizamos la autonomía de la voluntad como principio general del derecho. En segundo lugar, estudiamos la libertad contractual como principio derivado de aquel, lo que nos va a permitir adentrarnos en el estudio del contrato societario, del que entendemos forma parte, junto con los estatutos, los pactos

parasociales suscritos entre todos los socios. A continuación, realizamos una exposición de la teoría de esta figura contractual y examinamos cual es la situación actual de la doctrina y de la escasa y controvetida jurisprudencia existente al respecto. Ya para finalizar, exponemos las conclusiones alcanzadas y la necesidad de disponer de una adecuada regulación legal de esta figura jurídica en orden a preservar los derechos de las minorías societarias en las sociedades cerradas, de manera similar a como ha comenzado a tratar el legislador tal situación en el caso de las sociedades familiares con los protocolos familiares.

## **1 - La autonomía de la voluntad como principio general del derecho.**

Los principios generales del derecho constituyen el conjunto de normas o criterios genéricos que, aún no estando integrados formalmente en el ordenamiento jurídico, forman parte de este, en tanto que sirven como fundamento de otros enunciados normativos, al tiempo que se usan para la interpretación de normas jurídicas, cuando su aplicación resulta dudosa o para integrar lagunas del derecho.

Uno de estos principios en concreto, al que nos debemos referir en orden a conseguir un mejor entendimiento del objeto del presente trabajo, es el de la autonomía de la voluntad. Principio general que, cuando lo completamos con el adjetivo “privada”, es decir, cuando hablamos del principio de la autonomía de la voluntad privada, nos permite centrar un poco mejor su sentido.

Así, si desgranamos los tres términos del concepto, esto es, “autonomía”, “voluntad” y “privada”, podemos llegar a comprender mejor el contenido de este principio general del derecho. El término “autonomía”, según la primera acepción del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es la *“condición y estado del individuo,..... con independencia y capacidad de autogobierno”* En cuanto el término “voluntad”, entre otras acepciones que encontramos también en el mencionado Diccionario, citamos las dos siguientes: *“Facultad de hacer o no hacer una cosa”;* *“libre albedrío o determinación.”* Por último, la expresión “privada”, en la acepción del Diccionario que mejor se ajusta a este contexto, hace referencia a lo *“que pertenece al ámbito personal.”* Del desglose de los términos, podemos concluir que el principio general del derecho de la autonomía de la voluntad privada, hace referencia a la capacidad del individuo para, en su ámbito personal, usar la libertad de la que goza y actuar a su libre albedrío. El individuo es libre, es autónomo para hacer o no hacer aquello que considere, en el ámbito de relación personal con otros individuos.

Pero qué duda cabe que, mejor que nuestra propia definición, examinar la definición que hace uno de los más ilustres juristas españoles, el profesor FEDERICO DE CASTRO. Este define la autonomía privada como: *“... aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.”*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> DE CASTRO, FEDERICO, “El negocio jurídico”, Madrid, 1967, pag.11

En el mismo sentido, JOSE LUIS LACRUZ VERDEJO, citando a DECASTRO, define la autonomía de la voluntad “...como poder de autodeterminación de la persona y.....como el poder de la voluntad relativo al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos o referido a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas”.<sup>2</sup>

Afirma que, el citado concepto, adquiere su verdadera dimensión en el contexto del negocio jurídico, y es por ello, por lo que los típicos actos de la autonomía de la voluntad privada, se equiparan con los de la autonomía negocial. Considera que el concepto presenta dos funciones: conferir a las personas el poder de confeccionar reglas jurídicas que se integren en el ordenamiento jurídico en calidad de fuentes subordinadas y autorizar a los individuos para que puedan llevar a cabo acciones que provoquen la creación, extinción o modificación de las relaciones privadas entre ellos.

Pero tal capacidad del individuo no es ilimitada. El ejercicio de la autonomía de la voluntad, no puede suponer la intromisión en la esfera jurídica de terceros distintos a aquellos que la llevan a cabo, y siempre, la valoración de las relaciones entre individuos se encuentra a cargo del ordenamiento jurídico, bien para reconocerlas y protegerlas o bien para rechazarlas, con las consiguientes consecuencias contradictorias respecto a la voluntad inicial de los individuos participantes del negocio.

Ya el cristianismo consideró que, por esencia, el hombre es libre y, por tanto, no puede obligarse a dar, hacer o no hacer algo, si no es de modo volitivo. Por otra parte, diversos autores afirman que la autonomía de la voluntad encuentra su fundamento en la propia condición del ser humano. Así, tal autonomía consiste en la libertad de los individuos para regular las relaciones con los demás individuos, en el interior de la comunidad en la que se ubican, teniendo el Estado que asumirlas como propias, al tiempo que concederles una fuerza semejante a la de la ley y velar para que tal libertad no resulte menoscabada ni por otros individuos ni por el propio Estado. Pero, como afirma J.A. BALLETEROS “... en la práctica, la autonomía de la voluntad solo será operativa en tanto se encuentre reconocida por el ordenamiento jurídico estatal...”<sup>3</sup>

Nuestra Constitución (CE) sanciona, en el artículo 9.2, que es una obligación de los poderes públicos establecer los mecanismos necesarios para que la libertad e

---

<sup>2</sup> LACRUZ VERDEJO, JOSE LUIS “Elementos de Derecho Civil I Parte general” volumen tercero Dykinson, Madrid, 2005, pag. 125

<sup>3</sup> BALLESTEROS GARRIDO, JOSE ANTONIO “Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad”. J.M. Bosch Editor 1999. Página 18.

igualdad entre individuos sean reales y efectivas, así como eliminar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Por otra parte, en el artículo 53.1 de la Constitución española, se indica que los derechos y libertades del individuo, que se reconocen en la propia Constitución, vinculan a todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y solo mediante ley podrá regularse su ejercicio, tutelándose mediante recurso de inconstitucionalidad ante el propio Tribunal Constitucional, como establece el artículo 161.1.a) CE.

Por lo comentado resulta que, en el campo de los derechos fundamentales, nos encontramos con dos posiciones diferentes en cuanto al Estado y a los individuos. El Estado es el sujeto pasivo de la relación, esto es, el obligado a respetar los derechos individuales, el obligado al respeto a la libertad de los individuos, mientras que el individuo es el sujeto activo, esto es, el titular del derecho que debe respetarse. De este modo, el problema se plantea de forma diferente si lo que hay es una colisión entre los intereses del Estado frente a las libertades del individuo o, por el contrario, lo que se produce es una colisión entre los derechos de un individuo frente a los derechos de otro.

Respecto a esta última cuestión, JESUS ALFARO AGUILA-REAL, en su artículo "*Autonomía privada y derechos fundamentales*"<sup>4</sup> se cuestiona cuál es el efecto del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares. Ante tal cuestión, plantea la necesidad de diferenciar entre, la regulación del legislador sobre tales relaciones y la regulación de estas entre los propios particulares. A la primera cuestión, afirma que tal regulación, por parte del legislador, debe respetar escrupulosamente los derechos fundamentales, de modo que, para aquellos casos de conflictos típicos, como ocurre en el caso de la colisión entre el derecho al honor y la intimidad con el derecho a la libertad de expresión, se regulan por el legislador, mientras que aquellos otros casos en los que no concurre tal tipicidad, deben ser resueltos judicialmente, siempre sujeto al respeto de tales derechos fundamentales.

Respecto a la segunda cuestión, la relativa a los conflictos entre los propios individuos, es el ámbito en el que se plantean los problemas de mayor enjundia. Aquí es donde surge la discusión acerca de la limitación a la autonomía de la voluntad privada. El autor centra el problema en la fina línea que separa una actuación adecuada

---

<sup>4</sup> ALFARO AGUILA-REAL, JESUS, *Autonomía privada y derechos fundamentales*. ANUARIO DERECHO CIVIL, Volumen 46-1, 1993, pp. 57-122.

de los poderes públicos cuando, por respeto a dicha autonomía privada, no se incurra en la desprotección de los derechos fundamentales de otro particular. Analiza los supuestos del individuo que, en el ejercicio de su libertad, autolimita su propio derecho de autonomía y del individuo que, en el ejercicio de su autonomía, provoca la desprotección del mismo derecho fundamental del otro, es decir, diferencia entre las “*limitaciones consentidas*” y las “no consentidas”.

Afirma el autor que tal diferenciación es útil en cuanto la forma en la que los poderes públicos deben reponer en sus derechos al perjudicado. En el primero de los casos, aquel en el que el propio individuo autolimita su derecho de autonomía, debe declararse ineficaz aquél pacto que ha suscrito con otro individuo, mientras que en el segundo de los casos, lo que debe es obligarse al infractor, al que abusa de su derecho, a pactar en las condiciones habituales.

Pero volviendo de nuevo a lo que define como límites institucionales de la autonomía de la voluntad, JOSE LUIS LACRUZ VERDEJO<sup>5</sup> hace referencia a los límites que las leyes, la moral y el orden público, suponen para el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada. Tales límites, si bien para el caso concreto de los contratos se establecen, entre otros, en el artículo 1.255 de nuestro Código Civil cuando indica “... los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente , siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.” son extensibles a la aplicabilidad de la autonomía de la voluntad privada.

En lo que se refiere a las leyes, la limitación a la autonomía vendrá del lado de la prohibición de determinadas prácticas como puede ser, entre otros, el pacto de exclusión completa de socios en los beneficios o pérdidas de un negocio; o la imposición de un negocio, como en el caso de los “contratos forzosos”; o predeterminedar, de manera positiva, el contenido de un negocio como el de los contratos de arrendamiento urbano, esto es, los denominados contratos normados..

En cuanto a la actuación de la moral como límite, se refiere al respeto a aquellas normas no jurídicas exigibles en la convivencia entre personas consideradas honestas. En este límite, es exigible al juzgador, “*la estimación común de la gente*”, en contraposición a lo que su ideal ético o religioso pueda considerar como buenas costumbres.

---

<sup>5</sup> Opus Cit. Pag 136.

Por último, el orden público, hace referencia al “conjunto de reglas ,,, que se deducen del sistema de valores imprescindibles que para cada ordenamiento confirman sus reglas imperativas y por cuyo contenido se desnaturalizaría el mismo ordenamiento en su globalidad”<sup>6</sup>.

Para finalizar este epígrafe, y a modo de clarificación de términos usados, cuando hablamos del principio de la autonomía de la voluntad, conviene hacer referencia a los diversos modos en los que la doctrina española se refiere a tal principio. El profesor SORO RUSSELL<sup>7</sup> realiza una mención a las diferentes denominaciones que según los autores, se vienen usando para referirse al mismo concepto. Así hace referencia al uso del término “autonomía de la voluntad” generalmente usado por una aparente minoría. Frente a esta denominación, la mayoría de autores hablan del principio de la “autonomía privada”. Por último hace mención a GARCÍA AMIGO quién estima que el más apropiado es el de “libertad contractual”. En cualquier caso, concluye que todos los autores reconocen que los calificativos son sinónimos y, que de hecho, los emplean de manera indistinta.

---

<sup>6</sup> Opus Cit. Pag. 138

<sup>7</sup> SORO RUSSELL, OLIVIER “El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual” ANUARIO DERECHO CIVIL T. XLVI-1, 1993 pags. 60-64



## **2- La libertad contractual como paradigma del principio de la autonomía de la voluntad.**

Comentábamos antes como la autonomía de la voluntad, como principio general del derecho, presenta dos funciones: la del poder del individuo para establecer reglas jurídicas que se integran en el ordenamiento jurídico, como fuente subordinada y la de autorizar a los individuos para crear, extinguir o modificar las reglas jurídicas que rigen entre ellos.

Con esta última función es donde se manifiesta, de modo paradigmático, la libertad contractual como derecho subjetivo del individuo derivado del principio de la autonomía de la voluntad.

Aunque como luego veremos, la libertad contractual alcanzó su máximo apogeo durante la época del liberalismo y del neoliberalismo, en nuestra época, como resultado de la exigencia del mercado para facilitar las transacciones comerciales, la libertad contractual, en el sentido en el que se entendía durante el liberalismo, se encuentra seriamente amenazada por el uso masificado de los contratos de adhesión. Veremos también como esta tendencia, aunque imparable, bajo la tutela de los poderes públicos, está siendo sometida a diversas normas de carácter imperativo que vienen a normativizar determinados tipos de relaciones contractuales, con objeto de preservar a la parte más débil de estas relaciones.

Por otra parte, es evidente que, la libertad contractual no puede entenderse al margen del ordenamiento jurídico; no puede entenderse como un derecho que permite al individuo actuar en el ejercicio de tal libertad, amparándose en que ésta es un derecho fundamental y que el contrato es un mero acuerdo entre voluntades, contra las disposiciones imperativas que derivan de las leyes, la moral, el orden público (*vid art. 1255 Cc*) y la buena fe<sup>8</sup>. En fin pues, la libertad contractual está sujeta a determinadas normas legales, unas de carácter imperativo y otras de carácter dispositivo.

Tales normas, como no podía ser de otro modo, están recogidas fundamentalmente, en el Derecho privado (derecho civil y derecho mercantil), así como en el derecho laboral, si bien en este caso, la sujeción a normas imperativas deviene

---

<sup>8</sup> El artículo 1.258 del Código Civil indica: " Los contrato se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley."

en la escasísima posibilidad de aplicación práctica del principio como resultado del intervencionismo estatal.

Es en el ámbito del derecho societario y en el de obligaciones, como ramas del derecho privado, en las que más adelante nos centraremos, donde la libertad contractual adquiere un alto grado de relevancia y donde los pactos extrasocietarios o parasociales deberían encontrar una ubicación pacífica que haga factible el equilibrio entre la libertad contractual, que liga a los socios entre sí y sus intereses con los de la sociedad.

### ***2.1 La evolución histórica del principio de la libertad contractual***

Aunque con algunos antecedentes, como ya se ha comentado, el principio de la libertad contractual encontró su época de apogeo con la aparición del liberalismo hacia finales del Siglo XVIII (Revolución francesa de 1789) e inicios del XIX, resultando acogido en el Código Napoleónico o Código Civil francés de 1804. Como es sabido, el citado código nació con el mandato de recopilar la tradición jurídica francesa en un cuerpo legal, resultando el antecedente del movimiento codificador del S XIX en Europa. El texto se basó en dos pilares fundamentales, por una parte en el derecho franco germano y, por otra, en el derecho romano, recopilado en el Corpus Iuris Civilis o Código Justiniano, emperador de Bizancio (527-565).

En lo referente al primitivo derecho germánico, ya existía un derecho de obligaciones, si bien muy limitado, pues resultaba muy poco usual que las obligaciones surgiesen a partir de relaciones contractuales. Con el transcurso del tiempo, surgieron dos tipos de contrato, cuya celebración estaba sujeta a una cierta escenificación del mismo pues requerían que fueran obligatoriamente vistos y oídos. Se trataba de “la promesa de deuda” y de “la recepción de cosa”<sup>9</sup>. A partir del SXII, surgieron nuevas normas de contratación, como consecuencia del crecimiento de las actividades comerciales e industriales. Así surgieron contratos como los de venta a crédito, la compraventa de suministro, el de arrendamiento de cosas, etc.<sup>10</sup>

El Corpus Iuris Civilis, está considerado como una antología jurídica que condensa lo mejor de la jurisprudencia clásica romana, con textos de Paulo y Ulpiano, y

---

<sup>9</sup> SORO RUSELL, OLIVIER Op. cit. Pag. 20

<sup>10</sup> SORO RUSELL, OLIVIER, Op. cit. Pag.

recopila todos los aspectos del derecho positivo romano clásico. En lo referente al principio de la libertad contractual, cabe destacar cómo, para los clásicos, tal libertad era un concepto parco, un concepto en el que las limitaciones a la libertad son inherentes a este principio.

Durante la Edad Media, el derecho justiniano encuentra una continuidad en el sentido de considerar que el acuerdo de las partes es la base de los contratos. El principio resulta impulsado por el Derecho Canónico, con su exigencia de respeto a la palabra dada; su fundamento se encuentra asimilado con los deberes morales de los hombres. La libertad contractual se rige por el principio PACTA SUNT SERVANDA – los pactos han de cumplirse- y VOLENTI NON FIT INIURIA – a quién actúa de modo voluntario, no se le hace ningún daño-, principios estos que forman parte de nuestro derecho.

En cuanto a los límites, también aquí, se continúan aplicando las reglas romanas que consideran ineficaces aquellos contratos que contravienen las leyes imperativas, aunque existen otros límites para la libertad contractual, que se encuentran en el derecho natural, considerando igualmente ineficaces los contratos contrarios a las buenas costumbres. Así quedan ligados, como límites para la eficacia de los contratos, tanto su moralidad como su licitud, esto es, aquellos que contradicen la moral, como los que contravienen leyes imperativas o coercitivas, adolecen de ineficacia.

A lo largo del S XIX es cuando empezamos a encontrarnos con la reconsideración del concepto de liberalismo y, por ende, de la libertad de contratar. Ello por dos razones: porque la realidad mostró como en la negociación, la libertad y la igualdad solo son formulaciones teóricas y porque en la práctica, no se dan condiciones que justifican una libertad absoluta para contratar. La igualdad se da solo, cuando dos voluntades independientes alcanzan un acuerdo libremente, pero la realidad constata como, en la práctica, una de las partes se encuentra en situación económica dominante sobre la otra. Del mismo modo, ante la realidad, la libertad absoluta de contratar cede, no por limitaciones legales, si no por la posición de una de las partes que detenta mayor poder económico político o social y, consecuentemente, impone sus condiciones a la parte débil de la relación.

Durante el pasado S XX, y hasta la actualidad, con la aparición de elementos sociales en el derecho privado, se trata de superar el individualismo de la época liberal. VAZQUEZ DE CASTRO, E., referenciándonos a DIEZ PICAZO, indica que dos son las causas de estos cambios, por una parte la evolución de los negocios y de los contratos

y, por otra, los aspectos políticos de tipo socio-económico, que trajeron y continúan haciéndolo, regulaciones en determinados tipos de contratos en orden a normativizar aquellos negocios jurídicos más típicos, en los que interesa la protección de la parte más débil, como resultado del interés social por la justicia contractual. Claro ejemplo de ello es el conjunto de normas encaminadas a la protección del consumidor. Sin embargo, mantiene VAZQUEZ DE CASTRO, E, que el principio de la autonomía de la voluntad y, por ende, de la libertad contractual "...no está en crisis, sino en una constante dinámica evolutiva donde solo se modifica la extensión de su contenido, no su sustancia".<sup>11</sup> El autor realiza esta afirmación al considerar que la extensión del principio se altera con los regímenes políticos y económicos, sin que su esencia varíe; lo que ocurre es que, en la actualidad, sus límites han adquirido tanta o más importancia que el principio en si mismo.

A finales el S XX, la tendencia a unificar normas jurídicas, en el entorno europeo, se pone de manifiesto en "Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos", fruto de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, entidad constituida en el seno de la UE, entre 1980 y 1982. En la introducción del texto se expresa que lo que anima a la Comisión es la voluntad de "formular principios jurídicos idóneos" que constituyan la base de la construcción de un derecho contractual europeo.

## ***2.2 La positivación del principio.***

La importancia del principio de la autonomía de la voluntad privada y de la libertad contractual supuso, en su momento y en determinados casos, que algunos textos constitucionales lo recogieran expresamente, mientras que en otros casos, se incluía en textos tan relevantes como en los códigos civiles y de comercio. Este fue el caso de la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787, en la Constitución francesa de 1791 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional Francesa de 1789, o en la Constitución alemana de Weimar de 1919.

En el caso español encontramos los primeros antecedentes, de manera expresa, en el Código de Comercio de Echegaray del año 1869 y de manera implícita en la Constitución de 1869 donde, en su artículo 29, indica "La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquier otro no

---

<sup>11</sup> VAZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO. "Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual." Ed. Tirant Lo Blanch. Colección privado nº 58 pags. 42 y ss.

consignado expresamente”.<sup>12</sup> Del mismo modo, el Código Civil actual español, ya en su redacción original de 1889, recoge de manera expresa, en su artículo 1.255 la libertad contractual al proclamar que “Los contratantes pueden establecer los pactos , cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público”.

Las constituciones actuales continúan aludiendo a los grandes principios del orden económico, con lo que se basan en una economía de mercado inspirada en el principio de la libertad económica, lo que implícitamente supone reconocer, entre otras, la libertad contractual.

Sin embargo, en la actualidad, podemos observar como una vez ya establecido el principio de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual en el ordenamiento privado, el derecho estatal se expande con la emisión de normas que evidencian el concepto de la ley como límite a la libertad contractual. Ahora, la ley de carácter imperativo, que siempre ha resultado ser un límite del principio de la libertad contractual, implica que los particulares van a tener que asumir ciertas directrices en los procesos de contratación, lo que supone la aparición de unas consecuencias jurídicas que desbordan el concepto de autonomía de la voluntad.

### **2.3 Los presupuestos de la libertad contractual.**

El profesor VAZQUEZ DE CASTRO<sup>13</sup> mantiene que para que el poder de la autonomía tenga una eficacia plena, “...el ordenamiento jurídico condiciona la voluntad de las partes a que se cumplan ciertos presupuestos.” Tales presupuestos son el de la capacidad de las partes, el del consentimiento y el de la igualdad entre los contratantes.

Con el presupuesto de la *capacidad*, hace referencia a la necesidad de que, para que los actos resulten válidos jurídicamente, quienes se obligan, deben reunir un mínimo de inteligencia y voluntad, tal y como establecen los artículos 1.263 y 1.264 del Código Civil. Recordemos que el artículo 1.263 indica que no pueden prestar consentimiento, ni los menores no emancipados ni los incapacitados, al tiempo que el 1.264 puntualiza que la incapacidad referida en el artículo anterior, se encuentra sujeta

---

<sup>12</sup> VAZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO. Opus cit. pag.59

<sup>13</sup> VAZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO. Opus. Cit. pag.75-80

a modificaciones que la ley determina sin perjuicio de otras incapacidades que establece. A este respecto es interesante resaltar que la ley contempla determinadas incapacidades especiales a individuos que, aún con plena capacidad de obrar, tienen prohibida la ejecución de determinados contratos. A modo de ejemplo, podemos citar las limitaciones que establece el artículo 221 del Código Civil a los tutores de menores respecto a determinados contratos, o la prohibición establecida en el artículo 1.459 del mismo texto legal para Magistrados, Jueces, Fiscales, Secretarios, etc. respecto a la posibilidad de que adquirieran por sí o por terceros, bienes objeto de subasta en litigio ante el Tribunal en el que ejercen sus funciones. Considera el autor que este tipo de casos, se refieren a una prohibición en sí misma y no a una limitación de la capacidad en el sentido antes descrito.

En cuanto a la existencia del presupuesto del *consentimiento*, se requiere que este se encuentre libre de vicio. Al respecto, el artículo 1265 del Código Civil, establece la nulidad del consentimiento prestado por error, o bajo violencia, intimidación o dolo.

En cuanto lo que se refiere a la *igualdad*, como otro presupuesto ineludible para la constatación del principio de libertad contractual, VAZQUEZ DE CASTRO considera que tal igualdad entre las partes es la condición indispensable para que se dé una vinculación en el mismo nivel. En este sentido el ordenamiento jurídico se ha ocupado de controlar que se da un equilibrio de prestaciones, mediante disposiciones imperativas, con objeto de evitar pactos lesivos. Así, la amenaza que pende sobre la libertad contractual, por las grandes diferencias de tipo económico, que acontecen en la realidad, y que originan diferencias de poder que repercuten en la postura negociadora de las partes, se ve atemperada por la intervención del estado.

Estos desequilibrios, entre otras razones, son los que provocan la intervención del estado con objeto de satisfacer nuevas necesidades que plantea el desarrollo económico, aunque deben resultar, en todo caso, compatibles con el interés general. Así pues, queda de manifiesto que se produce una interferencia inevitable en las disposiciones contractuales, que debe asumirse por los individuos.

Frente a esta postura de VAZQUEZ DE CASTRO, LACRUZ BERMEJO<sup>14</sup> cita, hablando del negocio jurídico, que los requisitos que deben reunir las partes del mismo, para garantizar también la libertad de decisión, son el de capacidad, habilitación para actuar y legitimación.

---

<sup>14</sup> LACRUZ BERMEJO, JOSE LUIS, op. Cit Pag. 147

El tratamiento que da al primero de los presupuestos, el de la capacidad, es el mismo que el de VAZQUEZ DE CASTRO. Sin embargo, sin entrar en el presupuesto del consentimiento, ni en el de la igualdad, añade los requisitos de legitimación y capacitación, lo que en nuestra opinión con ello, lo único que hace es ampliar el de la capacidad pues habilitación y legitimación, están implícitas en este presupuesto.

#### **2.4 Los límites del principio de la libertad contractual.**

De entre la diversa bibliografía que hemos examinado para abordar esta cuestión, consideramos que podemos obtener una visión más amplia y completa siguiendo a OLIVIER SORO en su obra ya citada “EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN LA CONTRATACIÓN: GÉNESIS Y CONTENIDO ACTUAL.”<sup>15</sup>

El autor distingue entre lo que denomina los *límites intrínsecos* provenientes de la condición de las partes intervinientes y los *límites extrínsecos* a la voluntad de las partes.

Para el primer tipo de límites, esto es, los intrínsecos, el autor realiza una revisión histórica, desde el derecho romano hasta nuestros días, de la evolución de la igualdad entre las partes, como condición inexcusable para la materialización de la libertad de contratación. Así, indica como el primer límite se encuentra en la propia persona que debe concluir el pacto, el acuerdo, el negocio jurídico, en razón de su posicionamiento en la escala social.

En la sociedad romana, aunque ya se llevaban a cabo negocios de todo tipo, las partes intervinientes no gozaban de los mismos derechos, incluso de ninguno en cuanto parte de la población no era considerada personas, como en el caso de los esclavos. La misma situación continuó durante la Alta Edad Media, con respecto a los esclavos, aunque ya aparecían los individuos con estancia en una situación intermedia, como era el caso de los libertos y de los colonos, en quienes la capacidad de negociación se limitaba a aquellos negocios llevados a cabo con sus semejantes. En esta sociedad, ya los hombres libres “encomendados” podían acceder a un tipo de contrato con sus señores, de tipo formal, consistente en la recitación de una fórmula que les permitía

---

<sup>15</sup> SORO RUSELL, OLIVIER, opus cit. pags. 213 y ss

subordinarse a la autoridad del poderoso, proporcionando a estos bienes o servicios domésticos, a cambio de la seguridad y protección que les otorgaba el *señor*.

En la baja Edad Media, y hasta la época de la codificación (S XVIII y XIX) donde la sociedad continúa dividida en estamentos, la capacidad de acordar negocios jurídicos, se encontraba muy limitada. Así, los siervos, el equivalente al encomendado altomedieval, aunque con algunos derechos, continuaban bajo la dependencia del poderoso. En un lugar intermedio empieza a aparecer la burguesía, como un nuevo estamento social, como resultado de las ganancias provenientes del negocio, y del desarrollo de las ciudades. Estos ya gozaban de una posición jurídica que disfrutaba de un alto grado de derechos entre los que se encontraba la libertad para disponer de sus bienes sin ninguna traba, tanto a título oneroso como gratuito, aunque evidentemente, sin poder alcanzar el grado de libertad de la nobleza que disponía de un régimen jurídico particular con numerosos privilegios, como el de considerar que aquél contrato que contuviera su sello, bastaba para otorgarles fuerza obligatoria, frente al resto de otorgantes, pudiendo incluso embargar los bienes de sus deudores sin la intervención de la justicia..

Llegada la época de la codificación, al fin del S XVIII y mediados del XIX, la situación cambiaría radicalmente, con la llegada de la Revolución Francesa. Con ella, se sentó la base “para la existencia de una sociedad en la que las personas serían jurídicamente iguales.”

En esta época, con la llegada del liberalismo, es cuando se inicia el desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada y con él, el de la libertad contractual. Ahora los individuos serán capaces de pactar y contratar de igual a igual.

Sin embargo, ya a lo largo del S XX y en los primeros años del SXXI, podemos observar como la libertad contractual se encuentra ante un límite de proporciones considerables; estamos refiriéndonos a la desigualdad económica que, aunque los individuos hoy se encuentran en un plano de igualdad jurídica, su autonomía está seriamente limitada por la contratación en masa o, utilizando un sinónimo de tal tipo de contratación, por la contratación con la parte fuerte, desde el punto de vista económico.

Con el liberalismo era habitual la contratación, fruto de una negociación entre partes, de igual a igual. Con la llegada de la revolución industrial, de los medios de transporte y, más recientemente con la aparición de la informática y de las redes de comunicación, el comercio ha experimentado un crecimiento exponencial, al llegar a la

época de la sociedad global, en la que es posible realizar ya operaciones comerciales y, por ende, contratos entre individuos ubicados en cualquier parte del mundo. Ante esta situación, las empresas se han visto abocadas a la búsqueda de herramientas jurídicas que les permitan, en pos de la eficiencia y de la maximización de la competitividad, poder acceder a herramientas que les ofrecieran seguridad y garantías suficientes para comerciar.

Tales herramientas se encuentran en los llamados sistemas de contratación en masa, que consisten en el uso de formularios con cláusulas preestablecidas que implican la limitación de la autonomía de contratación de la parte en inferioridad económica, pues su poder de negociación queda completamente suprimido, a favor del predisponente del contrato, por lo general grandes empresas y multinacionales. Estamos refiriéndonos a los llamados “contratos de adhesión”, por los que el predisponente únicamente ofrece a la otra parte la posibilidad de aceptar o no aceptar el clausulado, sin posibilidad de negociar ninguna modificación. También, los contratos denominados “normativos”, es decir, los contratos cuyo contenido ha sido previamente regulado por el legislador, implican otro tipo de limitación de la autonomía contractual. Por último, las denominadas “condiciones generales de contratación”, que son cláusulas que se añaden a un contrato determinado y representan solamente una parte de su contenido. Aunque algunos autores consideran que las condiciones generales de contratación y los contratos de adhesión representan lo mismo, mientras que otros consideran que entre ambos conceptos existe, aunque mínima, una diferenciación, no cabe duda que nos encontramos con unos nuevos límites a la libertad de contratación, surgidos como consecuencia de la actividad económica en una sociedad altamente desarrollada, en el aspecto tecnológico, que precisa de elementos jurídicos, aplicables de manera automática, de modo que sus transacciones comerciales sean lo suficientemente seguras y ágiles.

En cuanto a lo que SORO RUSSELL denomina *límites extrínsecos*, diferencia entre aquellos que surgen en la época codificadora, caracterizada por una actividad legislativa más moderada en lo referente a la contratación y, los que surgen en la época de una intensa actividad intervencionista del estado, que se inicia a mediados del S XX.

Para los que surgen de la época codificadora, además, los clasifica entre *límites negativos*, como aquellas restricciones establecidas previamente, en el propio código, para alcanzar pactos y *límites positivos* que representan la imposición del contenido contractual.

Nuestro Código Civil, en el ya tan meritado artículo 1.255, al tiempo que reconoce la libertad contractual, con objeto de preservar la superioridad del interés general sobre el particular, impone las restricciones, los límites ya comentados con anterioridad, que suponen la ley, la moral y el orden público. Estos son los que el autor encuadra como límites negativos en la clasificación comentada.

Como límites positivos a la voluntad de las partes viene a citar la denominada “integración del contenido contractual” y la “modificación judicial del contrato”.

La integración del contenido contractual, hace referencia al hecho, nada inusual, de que el contenido de derechos y deberes, que surgen del contrato libremente pactado por las partes, resulta que no es el deseado, viéndose en ocasiones las partes sometidas a obligaciones que, si hubieran sido conocidas, éstas no se hubieran obligado con el pacto alcanzado. Esto tiene lugar porque el contrato no solo es un acuerdo entre voluntades, sino una realidad, derivada de diversas normas, que vienen a regular la conducta de las partes, en aquellas situaciones no previstas en el acuerdo.

Para resolver tal cuestión, la doctrina se refiere a dos técnicas, la de integración, que lo que hace es añadir los efectos y consecuencias que se derivan de la ley, los usos, la buena fe y la equidad, y la técnica de interpretación que completa o corrige el acuerdo.

Así la integración se diferencia de la interpretación integradora en que la primera lo que hace es añadir las normas imperativas que correspondan al tipo de contrato, aún en contra de la voluntad de los contratantes, bien porque las partes no lo han contemplado o bien porque el ordenamiento jurídico tiene establecida una reglamentación contractual para ese tipo de contratos. Aquí, en aquellos casos en que la ley integradora de los contratos sea dispositiva, las partes podrán excluir su aplicación, a diferencia de lo que ocurre cuando la ley tiene carácter imperativo.<sup>16</sup> Del mismo modo, también las costumbres, en muchas ocasiones vienen a aclarar cláusulas ambiguas o a completar cláusulas habituales en el tipo de contrato del que se trate.

---

<sup>16</sup> SORO RUSELL en la obra citada incluye un ejemplo muy ilustrativo de esta situación: “... si en el momento de la adquisición de un mismo bien por varias personas estas no han previsto la facultad para alguno de ellos de enajenarlo a un tercero, ocurrirá que la ley impondrá el derecho de retracto a favor de todos los condueños, contemplado por el artículo 1.522 C. Civil”

Por lo que se refiere a la modificación judicial del contrato, aunque la cita como un límite a la libertad contractual, no la considera una grave injerencia en tal libertad sino una actuación en pro del espíritu original del acuerdo. En sede judicial, además de la integración comentada, el juez dispone también de la posibilidad de modificar el contrato en aquellos extremos en los que considere necesario equilibrar las obligaciones entre las partes. En aquellos casos en los que circunstancias sobrevenidas con posterioridad a la formalización del contrato traen consigo una carga excesivamente onerosa para alguna de las partes, el juez puede modificar el acuerdo inicial, aunque siempre en casos excepcionales, y con la única pretensión de restablecer el equilibrio obligacional que se generó como consecuencia del cambio imprevisto de las circunstancias.

Vistos los límites extrínsecos de la época codificadora, analiza a continuación los que surgen a partir de la segunda mitad del S XX.

Como se decía, el propio Código Civil, ya consideraba necesario acotar la capacidad de autorregulación de las partes puesto que de lo que se trataba era de proteger a la sociedad, sus tradiciones y sus principios, frente a los abusos que pudieran darse con la absoluta libertad de contratación. Así, a medida que se ha ido desarrollando la actividad contractual como consecuencia del desarrollo económico, la situación de igualdad entre las partes ha ido decayendo de modo que, el que posee el capital, posee la fuerza, posee el poder, lo que implica que la pérdida de la igualdad supone la pérdida de libertad. Por ello, el Estado debía poner los medios necesarios para evitar que los ciudadanos de a pie quedaran indefensos ante la autonomía de la voluntad de los más poderosos. El primer eslabón para la construcción de una sociedad más justa y de un nuevo orden público, lo constituye la Constitución, seguido por un segundo eslabón consistente en la implantación de leyes reguladoras de la economía de mercado.

En este contexto, la Constitución implica la aparición de unos límites que se derivan de la prevalencia del bienestar social frente a individual. Aunque si bien es cierto que la Constitución contemplaba indirectamente el respeto al principio de la autonomía de la voluntad, lo que también hace es subordinarlo al respeto del principio de igualdad entre los individuos, lo que legitima al legislador para controlar el contenido de los contratos con objeto de evitar posibles abusos de poder.

Por otra parte, cuando la idea de orden público se extiende al ámbito económico, lo que se pretende es proteger la organización económica del Estado. El

concepto de orden público económico hace referencia a la actividad del Estado como emisor del conjunto de normas de carácter imperativo que regulan las relaciones contractuales que afecten a la organización económica y a las relaciones sociales. Tales normas llegan desde la regulación del *Derecho de la Competencia* - sustentado en el caso español por el artículo 38 de la Constitución<sup>17</sup> y en el marco comunitario por el artículo 81 del Tratado de la CE, con las que se prohíbe el acuerdo de voluntades entre empresas cuya finalidad sea impedir o falsear la competencia-, pasan por las disposiciones prohibitivas de la competencia desleal – en España incluidas en la Ley 3/1991 de competencia desleal-, y alcanzan las disposiciones relativas a la protección de los *derechos de los consumidores*.- en nuestro ordenamiento jurídico regulado por la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la ley 7/1995 de Crédito al Consumo, la Ley 28/1998 de Venta a plazos de Bienes Muebles, entre otras.

Podemos concluir pues, que en la actualidad ya no es suficiente que la libertad contractual respete las disposiciones del Código Civil, si no que es irrenunciable el respeto a las normas imperativas del Derecho de la Competencia.

## **2.5 El principio de la autonomía de la voluntad privada en el Derecho Mercantil.**

Además de en el Derecho Civil, interesa conocer ahora como se contempla el principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho Mercantil.

Como ya hemos comentado, en Roma no se concebía el negocio jurídico sin la realización de actos solemnes y rituales, con la presencia de magistrados o sacerdotes que ejercían de testigos, tal y como exigía el *ius civile*. Pero ocurría que, cuando se trataba de negocios con individuos de otra cultura, religión o costumbre, tales actos solemnes carecían de sentido. Para resolver el problema, comenzó a surgir el *ius gentium* – *derecho común a todos los hombres* - donde lo que importaba era el respeto a la palabra y a la buena fe. En este, el acuerdo de voluntades dotaba de eficacia jurídica al negocio, con lo que el *ius gentium* era un derecho basado en el consenso.

El sistema, después de tantos siglos, ha llegado hasta nosotros en el ordenamiento mercantil. Así, aunque el actual Código de Comercio, en lo que se refiere a obligaciones y contratos, se remite a lo dispuesto en el Código Civil, si que recoge de

---

<sup>17</sup> “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”

manera expresa el principio de *solus consensus obligat* – el solo consentimiento obliga-  
La primera de las afirmaciones se puede contrastar en el artículo 50 del Código de Comercio y la referente a la obligación que crea el consentimiento, en el artículo 51 que literalmente indica:

“Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sea la forma y el idioma en el que se celebren, la clase a la que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho Civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración....”

Decíamos que en materia de obligaciones y contratos se remitía al Código Civil al que hace alusión en su artículo 50, de modo que el concepto de contrato, que se recoge en los artículos 1.254 y siguientes de este, lo hace suyo y con ello asume el principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación.



### **3 - El contrato societario.**

Nuestro ordenamiento jurídico contempla el contrato societario, como una de las manifestaciones del principio de libertad contractual, derivado del principal de la autonomía de la voluntad.

Tanto en el ámbito del derecho civil como en el del derecho mercantil, por el citado contrato, se constata como la voluntad de las partes que integran la sociedad, los socios, se ve condicionada a un conjunto de previsiones legales que “más que menoscabar la autonomía de la voluntad lo que hace es protegerla”<sup>18</sup>.

La autonomía de la voluntad está condicionada por el tipo societario que libremente eligen los contratantes y, en nuestro caso, por las diversas normas que, con carácter obligatorio deben incorporarse, mediante el procedimiento de transposición, en nuestro ordenamiento jurídico, provenientes de la Unión Europea. Sin embargo, recientemente se viene observando una cierta tendencia desreguladora en el derecho societario europeo de manera que, en este campo, va adquiriendo mayor relevancia la autonomía de la voluntad, puesto que se están transformando determinadas normas imperativas en normas dispositivas.

#### **3.1 Conceptos y definiciones.**

Podemos definir el contrato de sociedad como aquel acuerdo entre partes que consiste en la puesta en común de bienes, en su más amplio sentido, con objeto de crear un nuevo ente, con personalidad jurídica propia o no, a la que dotan con un patrimonio integrado por tales bienes y con una determinada finalidad. El citado contrato presenta las siguientes características<sup>19</sup>:

---

<sup>18</sup> NAVARRO MATAMOROS, LINDA “La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el derecho español” Ed. Comares. Página 16

<sup>19</sup> LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS “Curso de derecho civil patrimonial- Introducción al derecho” Editorial Tecnos edición 2009

- 1- Es un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento, con libertad de forma, aunque en algunos casos, se requiere su elevación a público ante notario.
- 2- Es un contrato bilateral o plurilateral, en el que las partes no presentan intereses enfrentados, sino que al contrario, lo que presentan es un interés común, una finalidad coincidente.
- 3- Es un contrato oneroso y conmutativo, en tanto que todos los socios aportan algo.
- 4- Es preparatorio por cuanto su objeto es el de crear una entidad que pueda celebrar otros contratos.
- 5- Es un contrato de tracto sucesivo, pues lo que se pretende es que produzca efectos continuos y reiterados.

En nuestro ordenamiento jurídico, distinguimos entre sociedades civiles y mercantiles, por cuanto las primeras se rigen, fundamentalmente, por la normas contenidas en el Código Civil, mientras que las segundas se rigen, también de manera principal, por las normas contenidas en el Derecho mercantil y, subsidiariamente, por el Código Civil.

En ambos casos se trata de un contrato bilateral o multilateral puesto que, usualmente, al menos, dos son las partes que intervienen en su celebración. Los requisitos básicos exigibles a tales contratos consisten en el ánimo de los intervinientes en celebrarlo, en el ánimo de participar en los resultados que deriven de la actividad y en la aportación o en el compromiso de aportar capital, bien en dinero o en especie.

El Título VIII de nuestro Código Civil, dedica nada menos que 44 artículos, en concreto desde el 1.665 al 1.708, ambos inclusive, a regular todo lo relativo al contrato de sociedad. En el primero de ellos, indica que “La sociedad es un contrato por el que dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”, y completa el concepto en el siguiente artículo indicando que “La sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios...”

Definida así la sociedad, cabe preguntarse cuando estamos hablando de sociedades civiles y cuando de sociedades mercantiles. Pues bien, llegados a este punto y dado que tanto sean sociedades civiles como mercantiles, su finalidad es la de obtener un lucro repartible, hay que acudir a interpretar el artículo 1.670 del Código

Civil de modo que "...el objeto al que se consagren...", será lo que diferencie unas de otras. De este modo, cuando la actividad de la sociedad sea el comercio o la industria, estaremos hablando de sociedades mercantiles, en cualquiera de las formas que prevé la normativa mercantil y quedarán sujetas a las disposiciones del Código de comercio. En otro caso, estaremos hablando de sociedades civiles.<sup>20</sup>

Las sociedades mercantiles, en nuestro ordenamiento jurídico, pueden revestir diversas formas. Además de sociedades especiales que luego mencionamos, las formas societarias son la de sociedad anónima, sociedades de responsabilidad limitada, sociedad limitada nueva empresa, sociedad comanditaria por acciones (todas estas sociedades se encuentran reguladas en la actualidad por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital), sociedad anónima europea (Ley 19/2005 de 14 de noviembre), la sociedad colectiva (art 125 al 144 del Código de Comercio) y sociedad laboral anónima o limitada (Ley 4/1997 de 24 de marzo) . Las sociedades mercantiles especiales son, fundamentalmente, las sociedades cooperativas (Ley 27/1999 de 16 de julio), y las sociedades de capital mobiliario (ley 46/1984 de 26 de diciembre modificada por la ley 24/1998 de 28 de julio el mercado de Valores).

En todas estas sociedades, la norma básica por la que se rigen las relaciones societarias, la constituye los estatutos sociales, que representa la parte esencial del contrato societario. Estos constituyen la norma que rige el funcionamiento de la sociedad, siendo nulos aquellos preceptos que contravengan las normas imperativas contenidas en leyes y reglamentos. Para lo no regulado en ellos, resultará de aplicación cuantas normas dispositivas contenga la regulación correspondiente al tipo de sociedad.

### ***3.2 Los estatutos y los pactos parasociales como un todo.***

Los estatutos sociales configuran una parte esencial del contrato societario, por cuanto suponen la regulación de los aspectos societarios de mayor trascendencia, esto es, la regulación de su funcionamiento interno, las relaciones de la sociedad con sus socios y de estos entre sí, incluyendo un conjunto de disposiciones de carácter mínimo

---

<sup>20</sup> Es en las sociedades mercantiles, donde vamos a centrar el discurso de este trabajo, por lo que abandonando ya el concepto de las sociedades civiles, procede entender que, en lo sucesivo, cuando nos refiramos a sociedades, estamos refiriéndonos a sociedades mercantiles.

y obligatorio, de conformidad con lo establecido legalmente, como la denominación de la sociedad, el capital social, el domicilio, la duración del ejercicio económico, y las participaciones o acciones en las que se divide dicho capital social. Pero adicionalmente a estas menciones, existen otras, de tipo facultativo, como las relativas a las limitaciones a la transmisión de las acciones o de las participaciones, la organización y la disposición de poderes por parte del órgano de administración, etc., así como otras disposiciones, permitidas por la norma legal, como prever la existencia de participaciones con más de un voto, o fijar la condición, como requisito indispensable, de ser socio para poder ostentar un cargo en el órgano de administración, entre otras.

Sin embargo, los acuerdos permitidos por la normativa legal, en ocasiones, se muestran insuficientes para satisfacer todas las pretensiones de las partes, por lo que el contrato societario, en ocasiones se completa con los llamados *pactos parasociales o extrasocietarios*. Tales pactos, amparados por el artículo 1.255 del Código Civil, tienen por objeto regular todos aquellos aspectos complementarios a los dispuestos en los estatutos, que, la propia sociedad, en determinados casos, y sus partícipes, consideran convenientes e imprescindibles, para una mejor autorregulación de sus relaciones.

La ventaja de su formalización, radica en su carácter flexible y dispositivo en todo aquello que no se oponga a la ley, la moral y el orden público (artículo 1.255 del Código Civil). El inconveniente básico que presentan es la limitación de su eficacia respecto a la de los estatutos sociales, dado que aunque vinculan a las partes entre los que los suscriben, por cuanto entre estos tienen fuerza de ley, inicialmente no vinculan a terceros, ni a socios futuros, ni a la sociedad, lo que no ocurre con los estatutos sociales que, al tratarse de un documento público inscrito en el Registro Mercantil, vincula a todos los socios, actuales y futuros, a la sociedad y a terceros.

Contemplados así los pactos parasociales, podemos pensar en la posible situación en la que dos o más individuos, interesados en la formalización de un contrato de sociedad, deciden, de manera previa a su formalización, en la forma y el modo normado por el ordenamiento jurídico, constituir una sociedad, bien sea mercantil o civil, mediante un contrato privado, que contemple la obligación posterior de las partes de elevar a público, tal contrato en los extremos que establece el citado ordenamiento jurídico y que, conscientes de la imposibilidad de incluir en los estatutos sociales determinados acuerdos, prevén en el mismo que todos aquellos aspectos del contrato que no resulten inscribibles, deben mantener la misma fuerza obligacional entre los firmantes. En este caso, es evidente que el citado contrato privado constituye un todo,

una unidad de obligaciones para las partes, con independencia de la eficacia que el mismo pueda tener con posterioridad, con respecto a otros socios futuros, terceros o a la propia sociedad.

### **3.3 El derecho de sociedades y el derecho de obligaciones.**

En el contexto que nos ocupa, cuando hablamos del derecho de sociedades *versus* derecho de obligaciones, nos adentramos en un terreno verdaderamente conflictivo, como iremos viendo en los siguientes epígrafes, en cuanto la diferenciación del tratamiento que va a regular las relaciones sociales que dimanen de los estatutos y las que dimanen de los pactos parasociales.

Nos estamos refiriendo al diferente tratamiento que la tutela judicial va a otorgar para uno y otro caso. En tanto que los pactos parasociales están sujetos al derecho de obligaciones, dicha tutela judicial, casi con toda probabilidad, va a revelarse ineficaz en la práctica. Ello es así por cuanto, el socio minoritario que ha sufrido un incumplimiento del acuerdo por parte de otros u otros socios, tendrá que “sufrir” los siguientes hitos en la citada tutela:<sup>21</sup>

- En primer lugar, se verá obligado a obtener una sentencia condenatoria, en vía civil, del los socios incumplidores.
- Con la sentencia, como título ejecutivo, deberá solicitar su ejecución, solicitando a los socios incumplidores, la convocatoria de una Junta General.
- Con esta convocada, deberá instar a tales socios a que asistan a la misma y a votar de conformidad con el contenido del pacto parasocial vulnerado, revocando el acuerdo que incumple el pacto y además, una vez celebrada la Junta, tendrá que instar a todos los socios para dotar de plena eficacia a los acuerdos .

Pero si además, el asunto se complica, pues en el ínterin, por ejemplo, uno de los socios incumplidores ha procedido a la enajenación a un tercero de buena fe de los títulos, o como consecuencia del acuerdo que vulnera el pacto parasocial, se ha firmado un contrato con un tercero, también de buena fe, el resultado será, además de tardío,

---

<sup>21</sup> RUIZ CÁMARA-BAYO, JAVIER ACTUALIDAD JURIDICA (URIA & MENENDEZ) nº 24 de septiembre de 2009 “ESPAÑA: NUEVAMENTE A VUELTAS CON LA EFICACIA SOCIETARIA DE LOS PACTOS PARASOCIALES (a propósito de las sentencias de 6 de marzo de 2009)”

por el tiempo que todas estas acciones han conllevado para llegar a término, ineficaz respecto las operaciones con terceros mencionadas.

En sentido contrario, si la tutela judicial se hubiera podido obtener en sede mercantil, como ocurre con la vulneración de los estatutos, tal procedimiento podría haber resultado, muy probablemente, mucho más eficiente. Así, en su caso, el juez de lo mercantil podría haber acordado cautelarmente la suspensión de los acuerdos impugnados y su anotación en el Registro Mercantil, de modo que se hubiera obviado la actuación frente a terceros de buena fe (esta actuación, en sede de derecho contractual, se nos antoja bastante complicada). Del mismo modo, en la sentencia condenatoria del juez de lo mercantil, se hubiera podido declarar la nulidad de los acuerdos sociales sin que se hubiera debido convocar una nueva junta, evitando también el recabar la aquiescencia de la parte incumplidora.

Adicionalmente a todo ello, si en el aspecto procesal fuera posible la acumulación de acciones ante un mismo órgano judicial o arbitral, por el incumplimiento de un pacto parasocial o estatutario, se habría avanzado notablemente. Pero tal posibilidad hoy se muestra, en la práctica, verdaderamente compleja, en cuanto que, por una parte, la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil no alcanza cuestiones de índole obligacional y, por otra, aunque subsanable, las partes del procedimiento civil y del mercantil pueden no coincidir, en tanto que la sociedad puede no ser parte del primero, aunque si del segundo. Decíamos subsanable si fuera posible que, en el pacto parasocial, interviniera la sociedad como parte obligada, extremo este, también problemático.

En cualquier caso, esta cuestión podría resultar inicialmente resuelta si las partes, tanto en el pacto parasocial como en los estatutos, hubieran acordado expresamente que las divergencias que pudieran surgir resultarían sometidas a un mismo tribunal arbitral. Y decimos un tribunal arbitral, por cuanto el someterse, de manera expresa a un tribunal mercantil, podría resultar de difícil admisión en cuanto que debería demostrarse que se trata de acciones relativas a una misma controversia. Aún en este caso, se pondrían de manifiesto problemas por cuanto no existe una norma legal de conexión entre asuntos civiles y mercantiles, en virtud de la cual se pueda atribuir al juzgado de lo mercantil tales cuestiones.

### **3.4 La importancia del pacto parasocial en defensa de los intereses de las minorías.**

En primer lugar vamos a analizar la utilidad para el socio minoritario, que puede representar la formalización con el resto de socios, ostenten o no la mayoría, de un pacto parasocial, como instrumento para defensa de sus intereses en la sociedad. Es evidente que, en cuanto el mismo pueda redundar en la mejor convivencia entre los socios, se está protegiendo el interés de la sociedad que, ante situaciones de conflicto societario, se ve, como muestra la experiencia, gravemente amenazado.

Pero veamos, a título de ejemplo, algunos tipos de acuerdos que deberían contemplarse en el pacto:

- a) Acuerdos relativos a la representación en los órganos de gobierno y administración de la sociedad. Podemos citar: el derecho a nombrar representantes en el Consejo de Administración, fijar las facultades del Consejo y del modo de adopción de determinados acuerdos que requieran mayorías reforzadas o la imposibilidad de remover al representante de la minoría sin su voto favorable.
- b) Acuerdos sobre derechos económicos y de información. En este tipo de pactos se puede incluir, la posibilidad de poner a disposición de la minoría, estados financieros intermedios con periodicidad trimestral o semestral, informes sobre rentabilidad de proyectos, derecho a la percepción efectiva de dividendos, cuando tengan lugar determinadas circunstancias, su forma de cálculo, momento de reparto, pacto sobre la salida de la sociedad, pactos de acompañamiento (*tag along*) o de arrastre (*drag along*), forma de cálculo del precio de enajenación de las participaciones / acciones y su forma de pago, compromiso de financiación por los socios en forma de préstamos,
- c) Acuerdos representativos del ejercicio de derechos políticos. Entre ellos cabe citar la exigencia de mayorías reforzadas para la modificación de estatutos, la contratación de altos ejecutivos, el nivel de endeudamiento que puede alcanzar la sociedad, derecho al nombramiento de auditores –por las partes- de modo rotativo, indemnizaciones por incumplimiento de los pactos parasociales, y vigencia temporal de estos, cláusula para la resolución de conflictos, como el sujetarlos a arbitraje.

Tal y como en la actualidad la norma y la jurisprudencia vienen dando a la validez y eficacia de estos pactos frente a la sociedad y a terceros, podría resultar de

gran importancia que todos los acuerdos en ellos incluidos, resultaran incorporados a los estatutos sociales, con independencia de los que el Registrador Mercantil califique como inscribibles.

En otro orden de cosas, es bien conocida la carencia que presenta nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que sucede en el caso de la doctrina anglosajona, respecto a la protección de las minorías frente a la opresión del mayoritario. Para salvar determinados problemas que pueden surgir, por la ineficacia de algunas cláusulas de entre las citadas antes, el profesor VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMAS<sup>22</sup>, defiende la necesidad de que determinados aspectos de las relaciones societarias, en concreto los relativos al derecho del socio minoritario a la salida de la sociedad mediante un sistema de adquisición forzosa por el mayoritario de su participación societaria, resulten regulados en nuestro ordenamiento jurídico de manera lo suficientemente eficaz para evitar las disfunciones que, en la actualidad, las previsiones legales, vienen propiciando.

Tal defensa se apoya fundamentalmente en los siguientes argumentos:

- 1- No existe un sistema imperativo eficiente para resolver los conflictos por opresión de las minorías sociales a manos de la mayoría. Muestra de tal carencia es la de los numerosos pleitos que se repiten con ocasión del deseo de desinversión del minoritario.
- 2- Resulta de interés público proteger adecuadamente la inversión de los socios minoritarios, en cuanto que ello redundaría en la protección de la propiedad privada, y en la de la libertad de empresa, mandatos estos incluidos en los artículos 33 y 38 de la Constitución española. En concreto el artículo 33, en su apartado 1 indica:” Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”, mientras que el 38 afirma “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

Concluye con estos argumentos que, efectivamente, debe producirse una intervención legislativa en orden a salvaguardar los intereses de las minorías frente a la

---

<sup>22</sup> VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMAS. “La protección de las minorías societarias frente a la opresión. Ed. Thomson – Civitas. 2007

opresión de la mayoría. Pero además, se cuestiona de qué tipo debe ser tal regulación legal, es decir, ¿deben ser normas de carácter imperativo o de carácter dispositivo?.

A la cuestión concluye que necesariamente tal regulación debe presentar un carácter imperativo, fundamentalmente aduciendo que, bajo el aspecto dogmático, las normas integradoras del derecho mercantil, "... tienden a ser normas de orden público, esto es, normas imperativas o prohibitivas inderogables por pacto."<sup>23</sup> Además, en el aspecto práctico, dado que los contratos de sociedad no están sujetos al control abstracto de licitud, como en el caso por ejemplo, de las condiciones generales de contratación en relación con la ley de defensa de los consumidores, resultaría que cualquier autorregulación entre las partes podría anular las disposiciones legales puesto que la mayoría podría imponer sus condiciones a la minoría sin que el juez pudiera "...entrar a valorarlos..."<sup>24</sup> Por último, aduce que el carácter imperativo de la norma legal se podría entender como un desarrollo del artículo 1.691 del Código Civil, precepto éste indisponible, sin duda.

Frente a esta postura, autores como el profesor PAZ ARES, lejos de ampliar la norma imperativa incardinada en el derecho de sociedades, propugnan el reforzamiento de los efectos de los pactos parasociales, mediante la inclusión en los estatutos sociales de determinadas obligaciones accesorias para los socios como puede ser<sup>25</sup>:

- 1- La inclusión de una cláusula estatutaria que supedita la adquisición de acciones o participaciones a la suscripción del pacto.
- 2- La posibilidad de incluir sanciones societarias en los estatutos.
- 3- La exclusión del socio incumplidor y el aseguramiento de la disciplina de voto.

En tanto que, la trascendencia del adecuado tratamiento de los pactos parasociales, constituye el objeto de los siguientes epígrafes de este trabajo, relegamos al contenido de estos, la defensa de la postura antagónica que representa la del profesor PAZ ARES.

Otra visión de los derechos de las minorías, aunque en este caso únicamente se limita a constatar la situación actual de estas en nuestro derecho societario, es la

---

<sup>23</sup> VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMAS. Op. cit. Pag. 86

<sup>24</sup> VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMAS. Op. cit. Pag. 83

<sup>25</sup> PAZ ARES, CANDIDO. "El enforcement de los pactos parasociales" Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez) número 5 mayo 2003

que proporciona el profesor RUIZ PERIS<sup>26</sup>. En la obra que se cita “Igualdad de trato en el derecho de sociedades”, efectúa un análisis de la aplicación del principio de igualdad, en cuanto principio informador de las relaciones entre socios, mayorías y minorías, y de todos ellos con la sociedad.

En cuanto a la igualdad y tutela de la minoría por el legislador, explica que, como reacción al proceso registrado en el pasado siglo de “...atomización del capital-especialmente en cotizadas-“, refiriéndose a las sociedades, se produjo una “...falta de control de lo actuado por los administradores por parte de la Junta General”, los diferentes legisladores reaccionaron “...estableciendo sistemas externos de control de las cuentas de tales sociedades, órganos de representación de intereses y control de la administración diferentes al de la Junta General, entre otros, concediendo derechos específicos a los socios que ostentaran determinados porcentajes de capital, bien por si o por medio de agrupación de títulos”. Si bien tales sistemas se iniciaron en relación con las sociedades anónimas, con el paso del tiempo, tal práctica, se extendió a las sociedades de Responsabilidad limitada, entre otras. Así pues, lo que nació como un sistema de control de la gestión de determinadas sociedades, devino en el sistema de protección de los derechos de la minoría que hoy contempla nuestra legislación,

Sin embargo consideramos que conviene aquí hacer mención a que, una solución del tipo de la que ya existe en nuestro ordenamiento jurídico, y que más adelante examinaremos detalladamente, como es el caso de los pactos parasociales en las sociedades familiares - denominados *protocolo familiar* en tal tipo de sociedades-, puede resultar más interesante en pos de la salvaguarda del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual.

---

<sup>26</sup> RUIZ PERIS, JUAN IGNACIO. “Igualdad de trato en el derecho de sociedades”. Tirant Lo Blanch . 2007. Páginas 137-141.

## **4 – La teoría de los pactos parasociales.**

A lo largo del epígrafe 3 anterior, hemos venido analizando diversos aspectos del contrato societario, entendido como un contrato integrado por los estatutos sociales, elevados a documento público e inscritos en el Registro Mercantil, y, en su caso, por pactos parasociales.

El fundamento de la existencia de tales pactos parasociales, ajenos a los estatutos sociales, obedece al hecho de que no pudiéndose incluir determinadas reglas en dichos estatutos, y en tanto que no es legítimo limitar la libertad contractual, que como derecho fundamental resulta inatacable, se habilita a los individuos, interesados en constituir una sociedad, para acordar cuantos aspectos consideren convenientes a sus intereses en orden a regir las relaciones internas dentro de la sociedad, y todo ello sujeto a que no se contravengan las leyes, la moral ni el orden público.

En nuestro ordenamiento jurídico, en los últimos años, se viene observando una tendencia al reconocimiento de los pactos parasociales, dotándolos incluso de ciertos efectos societarios con independencia de los obligacionales. Ejemplo de esta tendencia es la regulación de los protocolos familiares- ya comentados, como una clase de pactos parasociales- a los que el Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, les otorga transcendencia societaria, o en la Ley del Mercado de Valores. Pero esta tendencia, no se está dando únicamente en nuestro ordenamiento jurídico, sino que podemos observar como en la política de homogeneización del derecho mercantil, que tiene lugar en el seno de la Unión Europea con objeto de mejorar las relaciones comerciales, se observa una propensión a la desregulación, en algunos casos, de determinados aspectos de las relaciones societarias. Así mismo, comienza a atisbarse una cierta esperanza de que nuestro ordenamiento jurídico tiende a la superación de la enorme brecha que separa el derecho societario y el obligacional, con lo que más adelante veremos.

### **4.1 Concepto.**

En nuestra doctrina jurídica, se conoce como *pacto parasocial*, aquel acuerdo alcanzado, “entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el

fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen” <sup>27</sup>

La característica fundamental que presentan estos pactos es su sometimiento al derecho obligacional con su correspondiente exclusión del derecho societario (*supra* 3.3).

#### **4.2 Regulación legal.**

A lo largo de este trabajo hemos hecho, y haremos más adelante, alguna referencia a determinados textos normativos que dan algún tratamiento a los pactos parasociales.

Sin embargo pretendemos ahora realizar una recapitulación de todas aquellas disposiciones legales que hacen referencia a los pactos parasociales.

En primer lugar, y empezando por el texto legislativo más reciente que trata de tales pactos, hay que referirse al Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Sociedades de Capital, y que de acuerdo con su Disposición Final Tercera, entró en vigor el pasado primero de septiembre de 2010, a excepción del artículo 515 que resultará de aplicación a partir del primero de julio de 2011, relativo a la nulidad de las cláusulas limitativas del derecho de voto.

El citado Real Decreto Ley, dedica íntegramente el capítulo VIII, integrado por ocho artículos, del título XIV relativo a las sociedades anónimas cotizadas. Tal capítulo VIII, regula los pactos parasociales en tales sociedades cotizadas, sustituyendo en esta materia, las disposiciones contenidas en la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, en su Título X que, a excepción de los artículos 116 y 116 bis relativos al Informe Anual del Gobierno Corporativo y a la Información adicional a incluir en el Informe de Gestión, aunque finalmente estos también resultaron derogados por la Disposición Final Quinta en su apartado Veintinueve de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de la Economía Sostenible.

En el citado Capítulo VIII de la Ley de Sociedades de Capital, se restringe el concepto de pactos parasociales en lo referente a las disposiciones contenidas en el mismo, al indicar en el apartado 1 del artículo 518 que: “A los efectos de lo dispuesto en

---

<sup>27</sup> PAZ ARES, CANDIDO opus cit. Pag.1

este capítulo, se entienden por pactos parasociales aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas”. Además, por el 2º apartado de este artículo, se extiende la norma a las obligaciones convertible no canjeables emitidas por sociedades anónimas cotizadas.

El examen del contenido íntegro del capítulo VIII revela que, lo que se regula, es todo lo referente a la publicación de los pactos parasociales referidos a los aspectos citados en el mencionado artículo 518.

Con este texto legal se establece la obligatoriedad de que tales pactos, en el momento de su celebración, prórroga o modificación, deben ser comunicados de manera inmediata a la propia Sociedad y a la Comisión nacional del Mercado de Valores, con copia de las cláusulas del documento en el que consten tales extremos, recordemos, siempre referidos a la regulación del ejercicio de derecho de voto, a la transmisibilidad de las acciones o a la de obligaciones convertibles o canjeables. Así mismo se requiere que, efectuada cualquiera de estas comunicaciones, el documento contractual en el que conste tal pacto, además deberá depositarse en el Registro Mercantil, y publicitarse como hecho relevante. Igualmente concreta quienes están legitimados para realizar las comunicaciones y el depósito en el Registro Mercantil, y los efectos de la falta de comunicación, depósito y publicación como hecho relevante, sancionando, que en esos casos, “el pacto parasocial no producirá efecto alguno en cuanto a las referidas materias.”<sup>28</sup> Extiende esta obligación, a aquellos pactos parasociales establecidos entre socios de una entidad que ejerza el control sobre una sociedad cotizada.<sup>29</sup>

Sin embargo, el artículo 523 de este texto legal, posibilita la dispensa, aunque temporal, de todos los requisitos de comunicación y publicidad de tales pactos, cuando tal publicidad pueda ocasionar grave daño a la sociedad, por así acordarlo, mediante resolución motivada, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, determinando el espacio temporal en que puede mantenerse en secreto.

Después de lo comentado sobre la Ley de Sociedades de Capital procede hacer referencia al Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Al respecto, hay que mencionar que, en su artículo 2.1 se hace una definición del protocolo familiar que, con esta denominación

---

<sup>28</sup> Artículo 521 Real decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>29</sup> Véase a estos efectos el ejemplo incluido en el apartado 4.3 anterior, sobre la constitución de sociedades mediante la aportación de acciones sindicadas de la sociedad que se pretende controlar.

específica, se refiere a los pactos parasociales suscritos en el seno de las sociedades familiares entre sus socios y/o terceros. Textualmente indica:

“A los efectos de este Real Decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.”

En este texto, se recoge el mandato contenido en el apartado 3 de la disposición final segunda de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, que establecía que “... reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al registro Mercantil de las Escrituras Públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción...”

En el mencionado Real Decreto 171/2007 se establecen tres modalidades de publicación en el Registro Mercantil de los citados protocolos familiares, siempre de carácter voluntario, y en atención a los intereses de cada sociedad afectada. Tales modalidades consisten, en primer lugar, en solo una mención de la existencia de tal protocolo con referencia a sus datos de identificación solamente, es decir, sin inscripción de su contenido. En segundo lugar, se procede al depósito del protocolo o de parte del mismo, con la presentación de cuentas anuales, que como estas, será objeto de calificación por el Registrador. Este caso, se dará cuando el documento depositado sea relevante solamente a efectos del buen gobierno de la sociedad. Por último se podrá inscribir la escritura pública de acuerdos sociales que contenga cláusulas inscribibles. En este caso, aunque la inscripción de los acuerdos contenidos en la escritura pública, no necesariamente deben incorporar la mención de que su adopción se realiza en ejecución de un protocolo familiar. Así mismo, se prevé que los protocolos familiares o su existencia, sean publicitados en la página web de la sociedad, cuyo dominio conste en el Registro Mercantil.

Adicionalmente corresponde comentar las menciones, implícitas o explícitas, a los pactos parasociales, como tales, que se hacen en otros textos legales, como es el caso de:

En el artículo 42.1 del Código de comercio, que textualmente indica:

1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

También en el artículo 119 del Código de Comercio, se mencionan los pactos parasociales:

Toda Compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.

A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que de cualquier manera modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía.

Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social.

O el artículo 3 del Real Decreto 1066/2007, sobre el régimen de de las ofertas públicas de adquisición de valores, que en el apartado 1.b indica:

1. Quedará obligado a formular una oferta pública de adquisición por la totalidad de los valores y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo quien alcance el control de una sociedad cotizada, ya lo consiga:

....

b.- Mediante pactos parasociales con otros titulares de valores, en los términos del artículo 5.1.b

Y el artículo 5.1.b al que se nos remite indica:

A efectos del cómputo de los porcentajes de derechos de voto señalados en el artículo precedente, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. Se atribuirán a una misma persona los porcentajes de voto que correspondan a las siguientes personas o entidades:

b.- Los de las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta o de forma concertada con ella. Se entenderá que existe dicho concierto cuando dos o más personas colaboren en virtud de un acuerdo, ya sea expreso o tácito, verbal o escrito, con el fin de obtener el control de la compañía afectada. Se presumirá que existe concierto cuando las personas hubieran alcanzado un pacto de los señalados en el artículo 112 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, destinado a establecer una política común en lo que se refiere a la gestión de la sociedad o que tenga por objeto influir de manera relevante en la misma, así como cualquier otro que, con la misma finalidad, regule el derecho de voto en el consejo de administración o en la comisión ejecutiva o delegada de la sociedad.

Concluimos este epígrafe poniendo de manifiesto como nuestro derecho de sociedades y mercantil viene recogiendo, siquiera en tiempos relativamente recientes, diversas alusiones al concepto, cuando no por reconocimientos específicos, por reconocimientos implícitos.

#### **4.3 Finalidad y clasificación.**

Como indica la definición dada, la finalidad del pacto parasocial radica en “completar, concretar o modificar” las relaciones entre los socios firmantes del mismo, que se recogen en los estatutos sociales y en la ley.

El origen de este tipo de acuerdos, surge como respuesta a las necesidades de organización entre individuos inmersos en un sistema económico caracterizado por un continuo y significativo crecimiento de la complejidad en las relaciones entre grupos económicos. Ante tal aumento de la complejidad y con objeto de minimizar las incertidumbres que acechan a los emprendedores de un negocio que precisan acometer mediante la fórmula del asociacionismo, los individuos dispuestos a realizar determinadas inversiones, observan cómo, la regulación estatutaria y las disposiciones legales que regirán la vida societaria, adolecen de diversas lagunas. Tales lagunas, para ser superadas, en pos de asegurar la paz social y, con ello, el éxito de la empresa – en este sentido podemos estar hablando del interés social-, requieren una

autorregulación adicional de las relaciones entre los individuos que, por diversos motivos, a priori no pueden incorporarse a los estatutos sociales.

Dichas lagunas abarcan tres grandes grupos de cuestiones:

- 1- Aquellas que no tienen efectos frente a la sociedad. En este grupo se incluirían aquellas obligaciones entre los socios que rubrican el pacto y que se refieren a todo lo relativo a la adquisición, venta, cesión, valoración, etc. de las participaciones sociales o de las acciones. Este grupo de acuerdos es el que tradicionalmente, al doctrina ha venido en denominar *pactos de relación*.
- 2- Acuerdos sobre financiación a la sociedad, con independencia de las aportaciones al capital social, cesión de negocios en exclusiva a la sociedad, cláusulas de no competencia, etc. Estos son los denominados *pactos de atribución*.
- 3- Aquellos pactos relativos a la toma de decisiones en el seno de la sociedad, pactos relativos al régimen de modificación de estatutos, pactos sobre mayorías y pactos para el ejercicio de los derechos de las minorías, etc. Estos son los pactos denominados de *organización*.

#### **4.4 Problemática que plantea la operatividad de los pactos parasociales.**

Afirma PAZ ARES que, como establece el artículo 1091 del Código Civil, cuando un pacto es válido, este se convierte en ley para los firmantes..

Artículo 1091 “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”

Sostiene que, por el hecho de que los pactos parasociales se encuentren relacionados con la sociedad a la que se refieren, no puede recortarse sus efectos. Para ello apunta algunas soluciones que el ordenamiento jurídico proporciona y que divide en cinco grupos, soluciones todas ellas encaminadas a disuadir del incumplimiento a los obligados por la firma del pacto. Por una parte la *acción de indemnización por daños y perjuicios*, por otra la que denomina la *acción de cumplimiento*, la *acción de remoción*, la de *resolución*, y por último otro grupo de acciones que denomina de *medidas cautelares*.

#### 4.4.1- La acción de indemnización por daños y perjuicios.

La primera de estas medidas, la *acción de indemnización de daños y perjuicios*, (artículo 1.101 Código Civil sobre la responsabilidad contractual) consistiría en la obligación del incumplidor a indemnizar a los perjudicados por los daños causados, siempre que dicho incumplimiento le fuera imputable subjetivamente. Pero la dificultad de, por una parte demostrar y, por otra, determinar el quantum, aconseja establecer en el propio pacto una liquidación o una cláusula penal exigible, con independencia de que pueda o no resultar exigible, con posterioridad, la indemnización que corresponda.

#### 4.4.2 – La acción de cumplimiento.

Con la *acción de cumplimiento* (artículo 1.124 Código Civil relativo al incumplimiento), se refiere a la posibilidad de solicitar judicialmente la ejecución de la prestación debida, bien sea una obligación de dar, de hacer no personalísimo, de hacer personalísimo, de no hacer o de declaración de voluntad.

Considera que si bien no plantea ningún problema el uso de esta acción para el caso de aquellos pactos que no afectan a la sociedad, ni para los que se refieren a obligaciones accesorias para los socios como es el caso de la financiación adicional o la cesión de negocios, si es posible que surjan problemas para la ejecución de esta acción en aquellas cuestiones relativas a lo que denomina *pactos de organización*, es decir, a los pactos que afectan a la toma de decisiones, a la formación de mayorías sociales, etc.

Centrándonos en este último tipo de pactos parasociales, en lo que se refiere al uso de la *acción de cumplimiento*, realiza un análisis de la problemática en tres aspectos: 1- la de la viabilidad de su ejecución, 2- la modalidad más adecuada y 3- las acciones cautelares.

En lo que respecta a la viabilidad del recurso a esta acción, hay posturas que rechazan esta posibilidad, argumentando que tal pacto menoscaba, por una parte, la libertad de decisión del socio, por otra, el proceso deliberatorio que precisa la formación de la voluntad en el seno de la sociedad y por último las posibilidades de defensa de la sociedad. Los dos primeros casos, los refuta como meros pretextos pues considera

que, la libertad de voto, se incluye en la libertad de pacto, de modo que la ejecución solo fuerza al firmante a cumplir con el compromiso que adquirió y en cuanto la necesidad del proceso de deliberación para formación de la voluntad social en el seno de la Junta de socios, argumenta que aunque tal proceso es “laudable”, la práctica muestra como es irrealizable en cualquier Junta mínimamente numerosa y por el hecho de que la propia norma legal prevé la delegación de voto con instrucciones previas, que evidentemente no son resultado de ninguna deliberación.

En el último caso, el de las posibilidades de defensa de la sociedad, reconoce la existencia de una problemática de mayor alcance. Aún así, afirma que esta objeción tampoco puede aceptarse sin más, puesto que la acción no se dirige contra la sociedad, sino contra el incumplidor de lo pactado, además de que la sociedad no queda indefensa pues: a) el juez puede verificar de oficio la validez y procedencia del voto, b) la sociedad y el resto de socios pueden intervenir en el proceso, c) la ejecución específica consiste en la emisión del voto que puede resultar admitido por el Presidente de la Junta, aunque si lo considera en contra del interés social podrá impugnarlo por las causas legales, o rechazarlo si infringe una prohibición legal o resulta abusivo.

Hablando ya de la modalidad más adecuada para la ejecución, plantea que ante la visión simplista, en este campo, de nuestra doctrina, cabría bien designar a un tercero judicialmente, que actuaría en la junta en representación del deudor, o bien que el voto sea sustituido por la propia sentencia condenatoria, dependiendo de cuál sea la pretensión de cumplimiento, habrá que forzar al deudor a bien votar en un sentido determinado – en cuyo caso hay que recurrir a la sustitución forzosa de la voluntad del deudor (artículo 894 LEC)-, bien hacerlo en un sentido determinable según sea la propuesta acordada por el sindicato de voto- intimar al deudor con la amenaza de penas coercitivas (artículo 709 LEC)- o bien a no votar en un sentido determinado o a simplemente, no votar – valiéndose de la ejecución forzosa de las obligaciones de no hacer (artículo 711 LEC)-.

Por último, reconociendo la escasa practicidad de tales remedios, dada la más que previsible ineficacia de estos procedimientos, puesto que la pretensión de forzar el cumplimiento solo puede ejercerse una vez se ha acreditado el incumplimiento, cuando resulte firme la sentencia, la Junta se habrá celebrado con los suficientes meses o años de retraso para que su eficacia sea factible. Sin embargo ello no implica que la acción carezca de utilidad, si podemos acudir a la vía de las medidas cautelares. Ello será factible en determinados casos. Entre ellos, cita el caso de que el incumplimiento puede tenerse por cierto antes de la Junta, bien cuando el deudor se niegue a celebrarla para

adoptar determinado acuerdo, cuando el peligro de incumplimiento se ponga de manifiesto poco antes de su celebración o cuando diversos incumplimientos anteriores, resulten previsiblemente en un nuevo incumplimiento.

En contra de tales medidas cautelares, si bien parece que está prevaleciendo un criterio favorable a su adopción, se esgrimen dos argumentos, a saber. El primero radica en la consideración de que tales medidas tendrían un carácter anticipador de una condena futura, lo que con el artículo 26.2 de la LEC queda sin sentido, pues este establece que se podrán tomar medidas de contenido similar a la pretensión en el proceso principal "... sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte". El segundo argumento se basa en la posible irreversibilidad de la medida cautelar, pues el estado de las cosas que se crea con la aprobación o no de un acuerdo en la Junta, ya no podrá ser alterado con posterioridad. Aunque considera irrefutable el argumento, en cuanto a la afirmación de irreversibilidad, considera que esta no es un límite para el ejercicio de tales medidas, sino un criterio de valoración del juzgador; aquí el juez debe examinar y comparar si el acordar la medida puede causar un perjuicio importante para el socio incumplidor si al final la sentencia le resulta favorable frente a la posibilidad de no acordarla, lo que también traerá consigo una situación irreversible, cuando además la apariencia de buen derecho se presenta del lado del demandante.

#### 4.4.3- La acción de remoción.

Recordemos que la tercera medida hacía referencia a la *acción de remoción como solución para disuadir del incumplimiento al firmante del pacto*. El artículo 1098 del Código Civil, en cuanto a las obligaciones, establece que: "...Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho". Cuando el demandante persiga que se revoque el acuerdo adoptado con el voto del socio que ha incumplido o someter de nuevo a la Junta la propuesta que no resultó aceptada por el voto negativo de tal socio, puede alcanzarse el resultado mediante esta acción. Aquí se trataría de solicitar al Juez que condene al socio incumplidor a emitir el voto en el sentido del pacto o a sustituir este por la sentencia, en la Junta a convocar una vez obtenida la sentencia. Sostiene PAZ ARES que "... la sola existencia de la posibilidad legal de obtener su cumplimiento"<sup>30</sup> pone de manifiesto la necesidad de simplificar el problema procesal haciendo admisible la oponibilidad directa de determinados pactos frente a la sociedad. A modo de antecedentes de tal admisibilidad, muestra como en ocasiones, siempre que

---

<sup>30</sup> PAZ ARES, OCTAVIO. Opus cit. Pag 9

se dé la absoluta coincidencia entre las partes del pacto parasocial y del contrato societario, se han producido sentencias y resoluciones, admitiendo tal oponibilidad a la sociedad, si bien partiendo de argumentos poco elaborados como el de establecer la ficción de que con la suscripción del pacto se ha producido una verdadera Junta General de socios, o la aplicación de la doctrina del levantamiento de velo o la aplicación del principio de buena fe y la prohibición del abuso del derecho. En este sentido, cita PAZ ARES<sup>31</sup>, las sentencias del caso *MUNAKA* – STS 26 febrero 1991 y de 10 de febrero de 1992- del caso *HOTEL ATLANTIS PLAYA* – STS 24 DE SEPTIEMBRE DE 1987- y del caso *PROMOCIONES KEOPS* – en este caso una resolución de la DGRN de 26 de octubre de 1989.

Por otra parte, el autor procede a realizar un análisis de la posibilidad de impugnación de acuerdos sociales por violación de los pactos<sup>32</sup>.

El citado análisis se basa en unos argumentos verdaderamente prácticos. Para ello lo que hace es desmenuzar la regla de la oponibilidad entendida como el hecho de que lo pactado por los socios no es oponible a la sociedad, en cuanto que esta es un tercero en tanto que no coinciden las partes del pacto y las de la sociedad. Pero cuando hay una absoluta coincidencia, esto es, cuando todos los firmantes del pacto resultan coincidentes con todos los integrantes de la masa social y, además, se da una coincidencia entre el resultado final de la aplicación del derecho de obligaciones y del derecho societario –como es el caso de aquella situación que, sujeta al derecho de obligaciones, como resultado final dará la razón a la parte demandante que no ha podido acudir a la tutela del derecho de sociedades- A estos efectos recurre al principio de que actúa antijurídicamente quien se escuda en una norma para dilatar el cumplimiento de su obligación

Concluye al respecto que *“La infracción de pactos parasociales ha de constituirse necesariamente como una causa de anulabilidad ... lo que obliga a transformarlas... en infracciones fiduciarias”*<sup>33</sup> Este tratamiento de infracción del pacto, supone que cualquier vulneración del pacto que todos los socios han suscrito, revela una deslealtad que resulta contraria al interés social.

---

<sup>31</sup> PAZ ARES, OCTAVIO. Op. cit. Epígrafe 3.2

<sup>32</sup> PAZ ARES, OCTAVIO. Op. cit. Epígrafe 3.3

<sup>33</sup> PAZ ARES, OCTAVIO. Op. cit. Epígrafe 3.3 in fine.

#### 4.4.4 – La acción de resolución.

En cuanto se refiere a la acción de resolución contemplada por el derecho de obligaciones, considera PAZ ARES <sup>34</sup> que ésta es susceptible de proteger igualmente los pactos parasociales. Y ello porque siempre cabe la denuncia extraordinaria del pacto mediando justa causa y considerando que tal justa causa es el incumplimiento sustancial de lo pactado. Si tal situación es contemplada en el propio pacto, de modo que tanto quién sufre el incumplimiento como quién incumple, pueda resultar excluido, tanto del propio pacto, como de la sociedad, en este último caso mediante las cláusulas de exclusión (*call*) o de separación (*put*), el resultado buscado puede alcanzarse. Para ello se puede acudir a la incorporación de cláusulas penales (artículos 1.152-1.155 el Código Civil) en los propios estatutos – cuya licitud es indiscutible como se puede comprobar en la STS del 27 de septiembre de 1961 o en la Resolución del DGRN de 6 de junio de 1992 - .

Ejemplos de tales cláusulas es el caso de la obligación del incumplidor de adquirir las acciones o participaciones del ejecutante a precios por encima de los de mercado o, en sentido contrario, a realizar una venta a favor del perjudicado por el incumplimiento a precios por debajo del mercado. En otro sentido, los sindicatos de votos han resultado remedios adecuados para forzar el cumplimiento de los pactos parasociales. Un ejemplo, de los más sofisticados, de entre las diversas formas para realizar una sindicación de votos, es el de constituir una tercera sociedad, con personalidad jurídica propia, mediante la aportación de las acciones sindicadas, que se ha estructurado de manera que su órgano de administración ejerce el voto, en el sentido previsto, en la sociedad a la que se refieren los pactos parasociales.

#### 4.4.5- Medidas de autotutela.

Por último concluye PAZ ARES en su estudio, sobre el “*enforcement*” societario de los pactos, aludiendo a determinados mecanismos susceptibles de reforzar la eficacia de los acuerdos formalizados mediante los pactos parasociales. Para ello plantea las siguientes soluciones:

---

<sup>34</sup> PAZ ARES, OCTAVIO. Op. cit. Epígrafe 2.4

- a) Para la sujeción de futuros socios a las obligaciones contenidas en tales pactos, la mejor solución es la inclusión, como prestación accesorias, de una cláusula en los estatutos sociales que sujete la entrada en el capital social a la suscripción de los mismos.
- b) El establecimiento de sanciones societarias en los estatutos. La problemática de si dichos pactos deben resultar publicados en el Registro Mercantil, la obvia aduciendo que esta cláusula no tiene efectos sobre la sociedad, ni sobre otros socios, ni sobre terceros, siempre en el supuesto de la plena coincidencia de los socios firmantes con la masa social.
- c) Por último, como medida estatutaria para reforzar la eficacia de los pactos parasociales, apunta la posibilidad de, como prestación accesorias, incluir la exclusión de la sociedad del socio que incumpla el pacto o bien, asegurar la disciplina de voto.

Podemos concluir que la problemática que se plantea sobre la eficacia de los pactos parasociales, radica en dos cuestiones fundamentales. La primera hace referencia a la inoponibilidad frente a la sociedad, de aquellos pactos parasociales que no han resultado suscritos por todos los integrantes de la sociedad a la que se refieren, lo que finalmente podría resolverse mediante la publicidad registral de dichos pactos y la segunda a la inexistencia de un procedimiento que asegure que los futuros socios queden vinculados por los citados pactos en las sociedades anónimas, por cuanto en las limitadas este aspecto está resuelto, mediante las limitaciones a la transmisibilidad de las participaciones, que caben en su cuerpo estatutario.



## 5-La situación actual en la jurisprudencia española.

Si bien se han producido diversas sentencias del Tribunal Supremo, aunque podemos decir que escasas, en este apartado haremos especial énfasis, fundamentalmente, en la sentencia de 10 de diciembre de 2008 y en las dos sentencias, por otra parte objeto de diversos estudios y comentarios de especialistas en la materia, de 6 de marzo de 2009, así como en la del día anterior, es decir, del 5 de marzo de 2009.

Como hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, como resultado de la insuficiencia de regulación en el derecho societario de la figura de los pactos parasociales, de la laguna que en nuestro ordenamiento jurídico ello representa, la eficiencia de los acuerdos entre partes se encuentra muy delimitada, en cuanto a que, por lo general, a quien pretende hacer valer su derecho pactado en este tipo de contratos, no tiene otra alternativa, para oponerlos frente a la sociedad, que la vía del derecho de obligaciones. Al respecto, en el epígrafe 3.3 – “El derecho de sociedades y el derecho de obligaciones” anterior, hemos realizado una amplia exposición del problema.

Cuando llegamos al caso de aquellos pactos parasociales suscritos por todos los socios integrantes de la sociedad a la que se refieren, la jurisprudencia, cuando no ha optado por desestimar el recurso por la aplicación formalista de la ley, ha encontrado alguna alternativa, por la vía del derecho de sociedades, para oponer tales pactos a la sociedad, haciendo valer el derecho del socio que se encuentra perjudicado por el incumplimiento de otro de los firmantes, Nos estamos refiriendo a lo comentado al respecto en el epígrafe 4.4 - “Problemática que plantea la operatividad de los pactos parasociales”, sobre la ficción consistente en considerar que, con la suscripción del pacto, se ha producido una verdadera Junta General de socios, o la aplicación de la doctrina del levantamiento de velo o la aplicación del principio de buena fe y la prohibición del abuso del derecho.

Antes de proceder a comentar las sentencias mencionadas, conviene recapitular acerca de cuáles son las dos tendencias en la doctrina acerca de la controversia sobre la eficacia y oponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad y sobre si es causa de impugnación de un acuerdo social, el incumplimiento de un pacto parasocial. A estos efectos, *la doctrina clásica* niega la oponibilidad de tales pactos no inscritos, tanto frente a la sociedad, como frente a terceros, en base a que el derecho societario, solamente reconoce tres causas de impugnación, a saber: la

infracción de ley, la de los estatutos y la lesión de los intereses sociales, y en tanto que el citado incumplimiento no se puede subsumir en ninguno de los tres supuestos tasados, no es posible tal pretensión. Consecuentemente, se relega al derecho de obligaciones la vía para el resarcimiento.

Frente a esta postura, la segunda tendencia doctrinal, admite que en determinadas circunstancias, es posible reconocer, a determinados pactos parasociales, efectos frente a la sociedad a la que se refieren. Para dar consistencia a esta postura los autores lo que hacen es flexibilizar la separación entre el derecho obligacional y el societario, argumentando que tal separación imposibilita el mandato constitucional de obtener una tutela judicial rápida y eficaz (artículo 24 de la Constitución Española – *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*), vulnerándose principios como el de la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), el de economía procesal, etc.

En términos generales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado, ha venido adoptando, en las no demasiadas ocasiones en que se han pronunciado sobre la oponibilidad que nos ocupa, la posición de la doctrina que hemos denominado *clásica*. En otras ocasiones, sin que se pueda ni mucho menos generalizar, se ha flexibilizado su posición, con posturas como la del levantamiento del velo, el abuso de derecho o la construcción de la ficción jurídica de la realización de una Junta General Universal, como ya hemos comentado con anterioridad.

Conviene hacer ahora una somera referencia al contenido de las sentencias del 2008 y del 2009 comentadas.

La sentencia del Tribunal Supremo 1136/2008<sup>35</sup> de 10 de diciembre, mantiene la postura jurisprudencial por la que se establece que un acuerdo adoptado por la sociedad no es anulable en base al incumplimiento de un pacto parasocial, de un pacto entre socios.

La citada sentencia versa sobre el recurso de casación presentado por el demandante, socio minoritario de la mercantil Turística Konrad Hidalgo, S.L., como último recurso ante el fallo desestimatorio de sus pretensiones, en segunda instancia,

---

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 1136/2008 de 10 d diciembre RJ\2009\17 relativa a Impugnación de acuerdos sociales del Consejo de Administración en una Sociedad de Responsabilidad Limitada.

ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que venía a confirmar la desestimación de sus pretensiones en primera instancia.

En el Fundamento de derecho Primero, consta el objeto del proceso que versa

“... concretamente sobre la impugnación de un acuerdo de una sociedad de responsabilidad limitada por contradicción de lo pactado en un convenio extrasocietario que respondió al propósito de establecer temporalmente un principio de cogestión de las sociedades participadas por dos familias hasta que la coyuntura económica permitiera la escisión del patrimonio de las entidades.”

En la demanda en primera instancia interpuesta, solicitaba la nulidad de dos acuerdos del Consejo de Administración de la sociedad, solicitando su nulidad por ser contrarios a los estatutos e incurrir en fraude de ley. Estos se referían a :

“... la ratificación de las actuaciones realizadas en nombre y representación de la sociedad con insuficiencia de poder, y el segundo sobre el otorgamiento de un apoderamiento a tres personas que se estima incide en fraude de ley por pertenecer todas al grupo mayoritario.”

Tal sentencia, desestimatoria de las pretensiones, en síntesis argumentaba que:

“...el intento de ratificar lo eventualmente hecho sin poder es correcto; que el "quórum" existente para la ratificación del acuerdo es conforme el art. 19 de los Estatutos sociales; y que no hay infracción del derecho de información porque no consta que se haya solicitado. Y respecto al segundo acuerdo impugnado se razona que los apoderamientos efectuados se ajustaron al régimen estatutario de la sociedad (arts. 7 y 19).”

En Segunda instancia, la Audiencia desestima igualmente las pretensiones del demandante en base a que:

“... la ratificación efectuada en segunda convocatoria mediante el voto favorable de tres de los cinco miembros del Consejo es válido de conformidad con el régimen general de adopción de acuerdos regulado en el art. 19.1 de los Estatutos. Se razona que si son contratos efectuados por los consejeros en nombre y representación de la sociedad sólo ésta es la legitimada para efectuar la ratificación en tanto que representada,... y con independencia de las personas concretas que compongan dichos órganos... En cuanto a la denuncia de fraude de ley en el otorgamiento de los apoderamientos (segundo de los acuerdos) se razona que el nombramiento se ajusta al art. 10.1 de los Estatutos, que prevén una mayoría distinta de la prevista en el art. 10.4 para el nombramiento de consejeros delegados, añadiéndose, por un lado, que el convenio de sindicación de 23 de junio de 1.997 ya se reflejó en los Estatutos Sociales mediante la modificación de los arts. 8, 9.2 y 10 , por lo que su eficacia respecto de la sociedad viene dada en cuanto a tal resultado modificativo operado en los estatutos, y, por otro lado, que carece de eficacia la invocación de dicho convenio a efectos de impugnación de acuerdos con fundamento en contravenir los principios de cogestión, lealtad y buena fe derivados de tal convenio, por cuanto, conforme reiterada jurisprudencia, en base al art. 115 LSA ,

sólo podrán ser impugnados los acuerdos que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros los intereses de la sociedad.”

En cuanto al recurso de casación se fundamenta en considerar infringida la doctrina jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1987 y de 10 de febrero de 1992, en cuanto estas, afirma, “permiten oponer a la sociedad los pactos parasociales firmados por los socios como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales en relación con el artículo 115.1 de la...” Ley de Sociedades Anónimas por remisión del artículo 56 de la de Sociedades limitadas.

Hace referencia el ponente, a continuación, a que para que prospere un recurso de casación requiere que se den dos requisitos: que exista infracción legal y que esta sea el resultado de la oposición a jurisprudencia del Tribunal Supremo. Afirma al respecto que, en este caso, no se da ninguno de tales requisitos por cuanto:

- 1- La referencia que hace el demandante a las causas tasadas que establece el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, no es de aplicación, por cuanto el recurrente no cita norma legal vulnerada, además de reconocer que no se produce vulneración de estatutos y ni alega ni prueba que haya lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de algún socio ni de tercero.
- 2- En cuanto la tesis de la doctrina jurisprudencial que el demandante afirma que, las sentencias de primera y segunda instancia, vulneran consiste en “... que la doctrina jurisprudencial permite impugnar un acuerdo societario... que es contrario a un pacto parasocial, al constituir una ilegalidad la vulneración de este por resultar de obligado cumplimiento para los socios y consejeros” Resulta que tal afirmación no es cierta en relación a la primera sentencia del Supremo que menciona, por cuanto esta hace referencia a la doctrina del levantamiento del velo y que en lo que se refiere a la sentencia de febrero de 1992 citada, hace referencia a que el abuso de derecho, no se encuentra entre las posibles causas de impugnación de acuerdos sociales, si no implica el perjuicio para los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas.

En la sentencia que acabamos de comentar subyace la idea del demandante de oponer el contenido de determinado pacto parasocial, como motivo para impugnar unos acuerdos del Órgano de Administración de la sociedad a la que se refiere tal pacto. Tal pretensión resulta desestimada en todas las instancias, por considerar que los acuerdos del órgano de administración no vulneran ninguna de las causas tasadas en

el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas.<sup>36</sup> Recordemos que textualmente este indica que: “Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.”

En el mismo sentido que la sentencia comentada, las del Tribunal Supremo del 6 de marzo de 2009 números 128 y 138/2009, también de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil, mantienen la postura jurisprudencial, que antes denominamos *clásica*, por la que se considera que el incumplimiento de un pacto parasocial no constituye una causa de impugnación de acuerdos sociales.

En concreto, la 138/2009 relativa al recurso de casación 700/2004, ratifica el fallo de la primera instancia y el de la Audiencia. En este procedimiento, se había desestimado una acción de impugnación de un acuerdo de junta general de socios de la sociedad demandada, por el que la mayoría nombró un consejero para cubrir una vacante en el órgano de administración, al entender los demandantes que se incumplía un pacto parasocial por el que se reservaba tal puesto a un representante de los socios minoritarios. Con tal pacto, llegó a modificarse el artículo de los estatutos de la sociedad (Sociedad de Responsabilidad Limitada), de modo que el artículo ya modificado reconocía el derecho de la minoría a agrupar sus participaciones para la elección del consejeros.

En primera instancia se desestimó la pretensión argumentando que el incumplimiento de un pacto parasocial no es causa de anulación de un acuerdo societario y por considerar nulo el artículo de los estatutos, antes comentado, por el que se establece un sistema de representación proporcional que contravenía lo previsto en la ley de sociedades de responsabilidad limitada<sup>37</sup>, a diferencia del tratamiento al respecto que otorga la ley de sociedades anónimas.<sup>38</sup> Por otra parte, la Audiencia, además de ratificar tales consideraciones, aduce también que, dentro el plazo señalado en los estatutos, en concreto en el artículo declarado nulo, los socios minoritarios no habían ejercitado su derecho de representación proporcional.

También la sentencia del 6 de marzo del Tribunal Supremo número 128/2009, versa sobre la demanda de socios minoritarios, de otra Sociedad Limitada, también del

---

<sup>36</sup> Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Este texto legal, es el que se encontraba en vigor, durante todo el procedimiento al que se refiere la Sentencia comentada, que es de 10 de diciembre de 2008.

<sup>37</sup> LEY 2/1995 de 23 de marzo de sociedades de responsabilidad limitada. (Vigente hasta 01.09.2010)

<sup>38</sup> Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. (en vigor hasta 01.09.2010)

mismo grupo que la relativa a la sentencia 138/2009 que acabamos de comentar, que solicita la declaración de nulidad radical de unos acuerdos del órgano de administración, pretensión que resultó desestimada en primera y segunda instancia. En el fundamento de derecho primero de la sentencia del Supremo, se indica que:

“El único motivo del recurso de casación interpuesto por el demandante, don Lorenzo , contra la sentencia que, en la segunda instancia, desestimó su demanda de impugnación de dos acuerdos adoptados por el consejo de administración de la sociedad demandada, Camanchaca, SL, plantea la cuestión de decidir sobre la eficacia que, frente a la sociedad, debe atribuirse a un convenio parasocial celebrado anteriormente por todos los socios y, más en concreto, sobre si el alegado incumplimiento del mismo ha de considerarse causa bastante para anular los acuerdos impugnados.”

Una vez más, el Alto Tribunal, centra la cuestión en que:

“Lo que el recurso plantea es la necesidad de decidir si los dos acuerdos sociales impugnados pueden ser declarados nulos o anulados por contravenir, si es que lo hacen, lo pactado por los socios en aquella ocasión.”

Y de nuevo alude a la necesidad de que los acuerdos sociales, para ser susceptibles de impugnación deben contravenir lo previsto en el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que la contravención de un acuerdo parasocial baste para ello, al indicar que:

“La impugnación de los acuerdos del consejo de administración de las sociedades de responsabilidad limitada, clase a la que pertenece la demandada, se rige por las normas reguladoras de la de los acuerdos de la junta general de accionistas en el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas - artículo 70, apartado 2, de la Ley 2/1.995 - y, entre ellas, por la del artículo 115, apartado 1 , de dicho texto, que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.”

Sobre las meritadas sentencias de 2009, en el artículo publicado en Actualidad Jurídica número 24 de septiembre de 2009<sup>39</sup>, se realiza un análisis crítico en el sentido de resaltar que éstas continúan la senda de la mencionada postura *clásica* en contra de la interpretación más flexible que propugnan determinados autores, haciéndose referencia a que con ésta se condena al demandante a acudir al derecho obligacional con el consiguiente “calvario” que ello representa, frente a la eficacia de una mejor

---

<sup>39</sup> . ACTUALIDAD JURIDICA (URIA & MENENDEZ) nº 24 de septiembre de 2009 Op. cit. Página 6 “Algunos aspectos positivos” ut supra.

tutela si el juez hubiera acordado la suspensión cautelar de los acuerdos con la correspondiente anotación preventiva en el Registro Mercantil.

En sentido contrario, y en el aspecto positivo, subraya que "... puede entreverse alguna posibilidad de que la posición del alto tribunal pueda evolucionar en el futuro hacia las posiciones más cercanas a la doctrina *moderna*." <sup>40</sup> cuando menciona otra sentencia, también del Tribunal Supremo<sup>41</sup>, coincidente temporalmente con las mencionadas, y en la que se muestra una posibilidad de considerar que el incumplimiento de acuerdos entre socios pueda constituir una lesión del interés social, lo que supondría poder impugnar el correspondiente acuerdo, vía el artículo 115.1 de la antigua ley de Sociedades Anónimas que antes mencionamos. Tal posibilidad se pone de manifiesto en el fundamento de derecho tercero, donde haciendo referencia a otra sentencia del Supremo, en concreto la del 10 de febrero de 1992, donde los pactos privados serían oponibles a un acuerdo social que contraviniéndolos, lesionen los intereses sociales. También, en el fundamento de derecho quinto, de la sentencia del 5 de marzo de 2009, afirma literalmente que :"... la contravención por los órganos sociales de unos pactos privados entre los socios, sobre todo si éstos son todos los socios, puede determinar la nulidad de lo acordado por resultar en definitiva contrario a la ley, a los estatutos o al interés social..." En cualquier caso, aunque como en el de las otras sentencias de marzo de 2009, se desestiman las pretensiones del demandante, al menos se analiza la posibilidad de que se incardine, como una de las causas de impugnación tasadas, el incumplimiento de los pactos parasociales, en concreto, en la posible lesión del interés social.

Podemos inferir de lo visto, en relación a las Sentencias del Supremo comentadas aquí, que aunque el ordenamiento reconoce validez y eficacia a los pactos parasociales, cuando se han suscrito por todos los socios, al socio perjudicado se le niega la vía de sujeción al derecho societario obligándole a recurrir al derecho de contractual.

Por último conviene resaltar como se confirma la variabilidad de las sentencias del Supremo, en el campo de la oponibilidad de los pactos parasociales a los acuerdos societarios que los contravienen, aunque prevalece la postura *clásica* ya comentada.

---

<sup>40</sup> ACTUALIDAD JURIDICA (URIA & MENENDEZ) nº 24 de septiembre de 2009 Op. cit. Página 6 "Algunos aspectos positivos" ut supra.

<sup>41</sup> Sentencia del 5 de marzo de 2009 número 131/2009 del Tribunal Supremo (Sección 1ª de la Sala de lo Civil), siendo ponente el Magistrado Marín Castán.



## **6- La conveniencia de normativizar determinados pactos parasociales.**

Veíamos a lo largo el trabajo que los tipos de pactos parasociales son fundamentalmente tres, de acuerdo con la clasificación que mayoritariamente contempla la doctrina. Por una parte, los llamados *Pactos de relación* caracterizados por su neutralidad respecto a la sociedad a la que se refieren, regulando únicamente las relaciones entre los socios firmantes. Por otra, los *Pactos de Atribución* que, en contraposición a los anteriores, si afectan a la sociedad, aunque de manera positiva, en cuanto suponen para ella un conjunto de ventajas o derechos y, consecuentemente, suponen un conjunto de obligaciones para los socios, Por último, encontramos el grupo de *Pactos de Organización*. Así denominados porque su finalidad es la regular la organización y funcionamiento de los órganos sociales. Este tipo de pactos, los que más conflictividad presentan entre socios y, por tanto, resultan fuente de conflicto jurídico, son pactos que si afectan de manera directa a la Sociedad.

Por otra parte, caracteriza a estos pactos, el hecho de que, generalmente, suelen mantenerse en el ámbito privado. Esta situación, provocada por el hecho de que su finalidad fundamental sea la de constituir un verdadero “reglamento de funcionamiento interno”, encaminado a regular las relaciones entre los socios y de estos con la sociedad, aún no presentando cláusulas ilícitas, plantea el problema de la inoponibilidad de los mismos ante los acuerdos societarios que puedan contravenir lo acordado en los citados pactos parasociales. La razón de tal inoponibilidad radica en el artículo 7.1 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas (11.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) y hoy, en su equivalente de la actual Ley de Sociedades de Capital , esto es, el artículo 29 que establece: “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”

Así pues, la característica de privacidad comentada y, en especial, la problemática que plantea el tercer tipo de pactos comentado, los de *Organización*, que pretendiendo regular el funcionamiento en la toma de acuerdos sociales, tanto por la Junta General, como por el Órgano de Administración, generalmente, el Consejo de Administración, vienen resultando en la práctica jurisprudencialmente inoponibles a los acuerdos tomados, de conformidad con las disposiciones legales y estatutarias, en sede societaria, por considerar, la mayoría de la Jurisprudencia, que estos no lesionan el interés social. Cuando hablamos de inoponibilidad lo estamos haciendo en cuanto a

derecho societario, que no en cuanto al derecho contractual o de obligaciones, como también se ha estado comentando a lo largo de este trabajo.

Así las cosas, conscientes de la importancia que supone la diferencia de la vía de derecho societario con la vía de derecho de obligaciones, en cuanto a la eficacia de la oponibilidad de un pacto parasocial frente a un acuerdo societario, y en tanto que la experiencia muestra la bondad de los pactos parasociales, como elementos vertebradores de la voluntad de los socios, junto con el contrato societario y su elemento esencial, los estatutos sociales, diversos autores se vienen planteando la necesidad de “desatascar” la cuestión, de normalizar esta situación, mediante diversas alternativas, todas ellas sujetas a determinados requisitos, en ocasiones buscando soluciones similares o idénticas a las de otros países de nuestro entorno y en otras, con soluciones que pueden resultar más originales.

En cualquier caso, en nuestro ordenamiento jurídico, ya se ha positivizado un determinado tipo de pacto parasocial. Nos estamos refiriendo al ya comentado de los *protocolos familiares*. En el apartado 3 de la Ley 7/2003 de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa se disponía que “reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al registro mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción”. En desarrollo de tal mandato legal, el Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se ocupó de reglamentar tales aspectos, tal y como ya señalamos antes.

El profesor PAZ ARES, en su ya comentado artículo de mayo de 2003,<sup>42</sup> considera que respecto a la problemática que se plantea, hay que considerar tres aspectos fundamentalmente, en orden a dar una salida a la cuestión:

- a) Que el pacto parasocial debe resultar firmado por todas las partes, incluso por la Sociedad, o al menos que sea puesto en conocimiento de esta y de sus órganos sociales, de manera fehaciente, con objeto de superar lo ineludible de lo que establece el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital (art.7.1 antigua Ley de Sociedades Anónimas y 11.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), así como para respetar el principio de relatividad de los contratos.
- b) Que cuando coinciden la totalidad de las partes (los pactos están firmados por todos los socios y por la sociedad) así como el derecho contractual y el derecho

---

<sup>42</sup> PAZ ARES, OCTAVIO op. cit.

societario, si uno de los individuos se escuda en una norma que le ampara temporalmente, para dilatar el cumplimiento de su compromiso, está actuando antijurídicamente.

- c) Que entendiendo el *interés social*, como el del conjunto de los socios, la ruptura del pacto parasocial suscrito por todos, contraviene sus intereses y , por lo tanto, el interés social.

En el artículo de Actualidad Jurídica número 24 de septiembre de 2009<sup>43</sup>, se plantean también tres alternativas:

- a) Que el incumplimiento de los pactos parasociales resulte una lesión el interés social.
- b) Que los pactos parasociales resulten incorporados íntegramente en los estatutos sociales, con independencia de su inscripción en el Registro Mercantil.
- c) En la vía procesal, buscar el procedimiento que permita la acumulación de acciones vía derecho contractual y derecho societario, bien en la jurisdicción ordinaria o bien sujetando las discrepancias a arbitraje, tanto estatutariamente, como en los pactos firmados.

En el caso de SÁEZ LACAVE, M<sup>a</sup> Isabel<sup>44</sup>, apunta también lo siguiente:

En tanto que la Sociedad es el resultado de un contrato, la independencia de los pactos parasociales, respecto el contrato societario, resulta ser una construcción artificial y formalista, por lo que hay que considerar que los pactos parasociales presentan un contenido complementario al de los estatutos escriturados y, consecuentemente, dado que el derecho societario es un derecho contractual o de obligaciones especializado, debe reconsiderarse la separación entre derecho contractual y derecho societario.

En la actualidad se encuentra en tramitación en las Cortes el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, aprobado en el Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010.

En la exposición de motivos que consta en este proyecto de ley se indica literalmente:

---

<sup>43</sup> Opus cit.

<sup>44</sup> SAEZ LACAVE, M<sup>a</sup> ISABEL. "Los pactos parasociales de todos los socios en derecho español. Una materia en manos de los jueces" Ed. Indret , Barcelon a 2009

“La ley también aclara, mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley 60/2003, las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades mercantiles. Con la modificación se reconoce la arbitrabilidad de las impugnaciones de acuerdos sociales y en línea con la seguridad y transparencia que guía la reforma con carácter general, se exige unanimidad y la presencia de instituciones arbitrales.”

Sujetos al resultado que finalmente presente el proyecto, una vez convertido en Ley, resulta muy esperanzador lo previsto en dicho proyecto en su artículo 3, por el que se añade a la Ley 60/2003, el artículo 11 bis y 11 ter, en los siguientes términos:

«Artículo 11 bis. *Arbitraje estatutario.*

1. Los estatutos sociales originarios de las sociedades de capital podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.
2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje para la impugnación de los acuerdos sociales requerirá el acuerdo de todos los socios.»

Artículo 11 ter. *Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles.*

1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrán de inscribirse en el Registro mercantil. El “Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto. Será necesaria la protocolización del laudo para su inscripción en el Registro mercantil cuando el acuerdo anulado constase en documento notarial.
2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.»

Como hemos apuntado en el epígrafe 3.3 *in fine*, la posibilidad de someter a arbitraje las divergencias entre los pactos parasociales y los estatutos, resultaría una vía operativa frente a la dificultad que plantea la sumisión de los pactos parasociales – sujetos al derecho contractual- al derecho mercantil, por la dicotomía que la situación actual está planteando.

Así pues la posibilidad, que apunta el artículo 11 bis del citado proyecto de ley, de que los estatutos sociales “originarios”- queremos entender este término como sinónimo de los fundacionales- puedan establecer que la impugnación de acuerdos sociales por los socios o administradores – en este sentido entendemos que en representación de los intereses de la sociedad - quede sometida a arbitraje, representa un avance importantísimo en orden a eliminar la problemática que hemos comentado. En cualquier caso, se requerirá que del mismo modo, los pactos parasociales incluyan el acuerdo de sometimiento de las controversias al mismo arbitraje.

## Conclusiones.

- I- El principio de la libertad contractual, derivado en nuestro ordenamiento jurídico del principio supremo de la autonomía de la voluntad, ha propiciado la existencia y el reconocimiento legal de los pactos parasociales como un contrato formal, que regula las relaciones entre socios y cuya finalidad primordial es la de anticipar posibles problemas que puedan surgir en el futuro de la vida societaria, bien implantando medidas preventivas, bien con medidas resolutorias.
- II- La ventaja principal que proporciona los pactos parasociales, es el hecho de que representan las “reglas del juego” en el proyecto societario, flexibilizando los mecanismos de previsión y de solución de conflictos, así como protegiendo los derechos de las minorías, frente al poder omnímodo de las mayorías societarias.
- III- La dicotomía en la eficacia de tales pactos, en relación con los estatutarios de una sociedad, es el resultado de la separación entre el derecho contractual y el derecho de sociedades. En tanto que los pactos parasociales están sujetos al derecho contractual o de obligaciones, su eficacia resulta verdaderamente escasa, frente a la eficacia de los estatutos, sujetos al derecho de sociedades. Así, cuando se requiere de una respuesta rápida, de una tutela judicial efectiva, ante un problema entre socios o de alguno de estos con la sociedad, con ocasión de los acuerdos contenidos en los citados pactos, resulta que tal tutela judicial se torna, en especial en los casos en los que las disputas surgen con ocasión de la vulneración de alguno de los denominados pactos de organización, ineficaz puesto que, cuando se ha obtenido la firmeza de una sentencia, su ejecución deviene, por el mero transcurso del tiempo, cuando no imposible prácticamente imposible .
- IV- La jurisprudencia española, como en otros muchos casos, ha dado muestras de importantes divergencias, en los diversos pronunciamientos que ha emitido en relación a la oponibilidad de pactos parasociales a acuerdos adoptados en el seno de la Junta General o del órgano de Administración, que contravenían el contenido de tales pactos.
- V- Aunque la legislación española, durante los primeros años del presente siglo, está dando muestras de un cierto reconocimiento de efectos

societarios de pactos parasociales en determinados ámbitos – protocolos familiares- aún no ha dado el paso definitivo que permita plantear la oponibilidad de los pactos parasociales a los acuerdos societarios, lo que considero es consecuencia de la desconexión existente, en nuestro ordenamiento, entre el derecho contractual y el societario, aunque este último no sea más que una especialización del primero.

- VI- Sin embargo, el resultado que finalmente alcance el proyecto de ley de modificación de la ley de arbitraje, si el texto resultante respeta la redacción inicial del proyecto aprobado en Consejo de ministros de julio de 2010, puede representar una primera solución del problema al contemplar la posibilidad de que el cuerpo estatutario fundacional, incluya, como también deberá hacerse en el pacto parasocial, la posible sujeción a arbitraje de los procesos de impugnación de los acuerdos sociales.
- VII- Por último, si se consigue materializar el nexo de unión entre derecho societario y contractual, en base al carácter contractual de los estatutos, y al hecho de que los pactos parasociales, suscritos por todos los socios fundacionales, actuales y futuros y la propia sociedad a la que se refieren, se habrá superado el abismo que hoy separa uno y otro tipo de contrato formal. Se habrá conseguido dotar de contenido, en estos casos, el principio de libertad contractual.

Valencia abril 2011

## Bibliografía

- ALFARO AGUILA REAL, JESÚS.  
Autonomía Privada y Derechos Fundamentales.  
Anuario de Derecho Civil. Volumen 46-1, 1993
- BALLESTEROS GARRIDO, JOSE ANTONIO.  
Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad,  
J. M. Bosch Editor, 1999
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO.  
El negocio jurídico  
Civitas, 1984
- DOMINGUEZ DUELMO, ANDRES y otros  
Comentarios al Código Civil  
Lex Nova, 2010
- LACRUZ VERDEJO, JOSE LUIS.  
Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Volumen tercero  
Dykinson, 2005
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS.  
Curso de Derecho Civil Patrimonial – Introducción al derecho  
Tecnos, 2009
- NAVARRO MATAMOROS, LINDA.  
La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades.  
Comares, 2010
- OLTRA CLIMENTT, VICENTE  
Manual para el estudio de la empresa familiar y su competitividad.  
ED. Vicente Oltra, 1999
- PAZ ARES, CÁNDIDO.  
El “enforcement” de los pactos parasociales.  
Actualidad Jurídica Uría y Menéndez nº 5, Mayo 2003

- RUIZ CAMARA-BAYO, JAVIER y otros.  
España. Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales ( a propósito de las sentencias de 6 de marzo de 2009)  
Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, 24, Septiembre 2009
- RUIZ PERIS, JUAN IGNACIO  
Igualdad de trato en el derecho de sociedades.  
Tirant Lo Blanch, 2007
- SAEZ LACAVE, MARIA ISABEL.  
Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces.  
Revista de Derecho Societario.  
Indret, 2011
- SÁNCHEZ-CRESPO, CASANOVA, ANTONIO J.  
La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento.  
Comares, 2000
- SORO RUSSELL, OLIVIER.  
El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual.  
E-prints Universidad complutense de Madrid, 2007
- VÁZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO.  
Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la voluntad contractual.  
Tirant Lo Blanch, 2002
- VÁZQUEZ LEPINETTE, TOMÁS  
La protección de las minorías societarias frente a la opresión  
Thomson – Civitas, 2007